Die Berufung im St. Gallischen Zivilprozessrecht von 1939

Josef Osterwalder
von Waldkirch und Gaiserwald (St. G.)

1942.

Die Berufung im St. Gallischen Zivilprozessrecht von 1939

DISSERTATION
zur Erlangung der Doktorwürde
an der Juristischen Fakultät der Universität Bern
vorgelegt von

JOSEF OSTERWALDER
von Waldkirch und Gaiserwald (St. G.)
in St. Gallen

1942
Buchdruckerei A. Meyerhans Erben
Wil

VERMERK:

„Die Fakultät hat diese Arbeit am 5. Februar 1942 auf Antrag von Professor Dr. Matti als Dissertation angenommen, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Auffassungen Stellung nehmen zu wollen".

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

INHALTSÜBERSICHT

Erster Abschnitt.

GESCHICHTLICHER TEIL.

Seite

Einleitung 1
§ 1. Die Berufung in der Zeit von 1803 bis 1850 . . . 2
§ 2. Die Berufung der bürgerlichen Prozessordnung von 1850 . 7
§ 3. Die Berufung des Gesetzes betreffend die Zivilrechtspflege von 1900 12

Zweiter Abschnitt.

DAS GELTENDE RECHT.

I. Kapitel:
Von den Rechtsmitteln.
§ 4. Das Rechtsmittelsystem 16
§ 5. Die gemeinsamen Voraussetzungen der Rechtsmittel . . 20

II. Kapitel:
Die Berufung im Allgemeinen.
§ 6. Wesen und Charakter der st. gallischen Berufung . . 28
§ 7. Die Wirkungen der Berufung 33
§ 8. Die Anschlussberufung 36

III. Kapitel:
Die Berufung an das Kantonsgericht.
§ 9. Die besonderen Voraussetzungen 40
§ 10. Die Berufungserklärung 45
§ 11. Das Berufungsverfahren 49

IV. Kapitel:
Die Berufung an die Rekurskommission und den Appellationsrichter.
§ 12. Zulässigkeit der Berufung 63
§ 13. Der Schriftenwechsel 68
§ 14. Das Verfahren 70

V. Kapitel:
Die Berufung an den Rekursrichter.
§ 15. Die Zulässigkeit 74
§ 16. Die Berufungserklärung 75
§ 17. Das Verfahren 78

LITERATUR

Akeret,
Das Versäumnisverfahren im Zivilprozessrecht, Diss., Andelfingen 1934.

Baumgartner,
Geschichte des Kantons St. Gallen, Einsiedeln 1890.

Blumenstein,
Handbuch des schweiz. Schuldbetreibungsrechtes, Bern 1911.

Caflisch,
Die Rechtsmittel des bündnerischen Zivilprozesses, Diss., Chur 1929.

Dällenbach,
Appellation im aargauischen Zivilprozess, Diss., Frick 1930.

Engeler,
Der Einzelrichter in den schweiz. Zivilprozessrechten, Diss., Wil 1929.

Fatzer,
Die Rechtsmittel des thurg. Zivilprozessrechtes, Diss., Romanshorn 1935.

Fleiner,
Institutionen des deutschen Verwaltungsrechtes, Zürich 1939, 8. neubearbeitete Auflage.

Hellwig,
System des deutschen Zivilprozessrechtes, Leipzig 1912.

Heusler,
Der Zivilprozess der Schweiz, Mannheim 1923.

Ihering,
Der Kampf ums Recht, Wien 1919, 19. Auflage.

Klein-Engel,
Der Zivilprozess Österreichs, Mannheim 1927.

Leuch,
Kommentar zur bernischen Zivilprozessordnung, Bern 1937.

Matti,
Zivilprozessrecht, Zürich 1939.

Plank,
Lehrbuch des deutschen Zivilprozesses, Leipzig 1896.

Pollak,
Das Österreichische Zivilprozessrecht, Bd. I, II, III. Wien 1930, 1931, 1932.

Rigoleth,
Die ordentlichen Rechtsmittel der Appellation und der Nichtigkeitsbeschwerde, Diss., Rorschach 1931.

Rosenberg,
Lehrbuch des deutschen Zivilprozesses, Berlin 1939, 3. Auflage.

Scherrer-Füllemann,
Kommentar zum Zivilrechtsgesetz von 1900, St. Gallen 1902.

Schurter-Fritsche,
Kant. Zivilprozessrechte, Zürich 1931.

Sperl,
Lehrbuch der bürgerlichen Rechtspflege, Wien 1930.

Sträuli,
Zürcherische Rechtspflegegesetze, Kommentar, Zürich 1939.

Teitler,
Grundzüge des st. gall. Zivilprozessrechtes, Diss., St. Gallen 1932.

Völki,
Die Kostentragung der Parteien, Diss., Winterthur 1934.

Walsmann,
Die Anschlussberufung, 1928.

Weiss,
Die Berufung ans Bundesgericht in Zivilsachen, Bern 1908.

Wetzel,
System des ordentlichen Zivilprozesses, 1878.

Zollikofer,
Der bürgerliche Prozess nach Gesetzen und der Übung des Eidg. Kantons St. Gallen, St. Gallen 1826.

Zumbühl,
Die Appellation im Rechtsmittelsystem der bernischen Zivilprozessordnung, Diss., Bern 1927.

Schweiz. Juristenzeitung.

QUELLEN

I. Kantonalrechtliche Quellen.

Gesetz vom 21. Juni 1803 über die Organisation des Gerichtswesens.

Gesetz vom 29. Juni 1803 betreffend die Prozessformen und das Verfahren bei Zivilstreitigkeiten.

Nachtragsgesetz vom 17. Mai 1804.

Gesetz vom 4. Mai 1816 über Organisation der Gemeinde-, Verwaltungs-, Kreis-, Bezirks- und Gerichtsbehörden.

Gesetz vom 29. September 1831 über Organisation der Gemeinde-, Verwaltungs-, Bezirks- und Gerichtsbehörden.

Gesetz vom 30. Mai 1850 über das gerichtliche Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten.

Gesetz vom Februar 1866 über geringe bürgerliche Rechtsstreitigkeiten.

Gesetz vom 1. März 1867 betreffend die Gerichtsorganisation.

Gesetz vom 9. Juli 1900 über Gerichtsorganisation und Verfahren.

Einführungsgesetz vom 30. Oktober 1911 zum Bundesgezetz über Schuldbetreibung und Konkurs.

Gesetz vom 7. Februar 1939 über die Zivilrechtspflege.

Verfassung von 1803.

Verfassung von 1814.

Verfassung von 1831.

Verfassung von 1890.

Gebührenordnung vom 30. Dezember 1939 für Zivil- und Strafrechtverfahren.

Botschaft zum Gesetzesentwurf betreff. die Zivilrechtspflege vom 29. Juni 1894.

Botschaft zum Gesetz betreffend Zivilrechtspflege vom 1. Mai 1937.

Protokoll der grossrätlichen Kommission zur Beratung des Entwurfes von 1937.

Mappe über Zivilprozess 1803 bis 53 im Kantonsarchiv.

Amtsberichte des Kantonsgerichtes, des Kassationsgerichtes, der Rekurskommission, des Appellationsrichters und des Rekursrichters.

Veröffentlichte Entscheide dieser Gerichte in den Jährlichen Amtsberichten.

Unveröffentlichte Entscheide aus den Gerichtsprotokollen obiger Gerichte.

II. Bundesrechtliche Quellen.

Bundesverfassung vom 29. Mai 1874.

Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 22. März 1893.

Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889.

Entscheidungen des Bundesgerichtes.

ABKÜRZUNGEN

A. B.	=	Amtsbericht.
K. G.	=	Kantonsgericht.
Kass. G.	=	Kassationsgericht.
Rek. K.	=	Rekurskommission.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547623_0008

Erster Abschnitt.

GESCHICHTLICHER TEIL.

Einleitung.

Das Zivilprozessrecht des Kantons St. Gallen beginnt seine Geschichte mit dem Anfang des letzten Jahrhunderts, da der Kanton erst im Jahre 1803 gebildet wurde. In den einzelnen Gebieten des neu entstandenen Kantons waren zur Ordnung von Gericht und Rechtsgang zahlreiche selbständige Rechtsquellen hervorgebracht worden,[1] und so herrschten in den verschiedenen Landschaften ganz unterschiedliche Gesetze und Gebräuche. Das Bedürfnis nach einheitlichen Organisations- und Verfahrensnormen machte sich von Anfang an geltend. Die Helvetik hatte schon danach gestrebt und in ihrer Verfassung (Art. 48) angeordnet, dass die bürgerlichen Gesetze jedes Kantons und die sich darauf beziehenden Gebräuche fernerhin den Gerichten als Richtschnur dienen sollen, bis die gesetzgebenden Räte nach und nach gleichförmige bürgerliche Gesetze eingeführt haben. Diese Gesetze kamen aber nie zustande, nur einige Entwürfe liegen vor. Dennoch hat die Zeit der Helvetik als Vorkämpferin der Rechtsvereinheitlichung dem Kanton gute Dienste geleistet.

Die gesetzgebenden Behörden des neu gebildeten Kantons machten sich nun mit Tatkraft daran, einheitliche Normen aufzustellen, damit nicht in dem Wirrwarr der ungleichartigsten Gerichtsgebräuche und Ordnungen die Gerichte selbst in Verwirrung geraten oder die Parteien in Nachteil kommen.[2] Die Behörden hatten allerdings ein solch reichliches Mass von Aufgaben zu erfüllen, dass manche ihrer Arbeiten mangelhaft ausfallen mussten. Die herausgegebenen Erlasse über das Zivilprozessrecht wurden daher bald

[1] Vgl. Prozess und Satzungen des Stadtgerichtes von 1726 oder für die ländlichen Quellen die von Gmür veröffentlichte Prozessform für die Niedergerichte der Grafschaft Toggenburg.

[2] Siehe Eingang des Gesetzes betreffend die Prozessformen von 1803, Kantonsblatt S. 249.

durch eine Reihe von Gesetzen, Verordnungen und Kreisschreiben ergänzt und abgeändert. Allein vom Jahre 1803 bis 45 war die Zahl der sich ergänzenden und ablösenden Gesetze, Verordnungen und Kreisschreiben auf die ansehnliche Zahl 27 angestiegen. Die Erlasse über die Organisation der Gerichte waren besonders zahlreich. Bis zum Gesetze von 1900 wurde nämlich über die organisatorischen Bestimmungen immer getrennt von den Verfahrensvorschriften legiferiert.

In der historischen Entwicklung des Zivilprozesses heben sich 3 Perioden heraus, in denen wir den Werdegang der Berufung verfolgen können.

§ 1. Die Berufung in der Zeit von 1803 bis 1850.

Grundlegend für diese Zeitspanne ist hinsichtlich des Verfahrens in Zivilstreitigkeiten das Gesetz vom 29. Juni 1803 „betreffend die Prozessformen und das Verfahren". Es hat Bestand bis 1850 und wird noch ergänzt durch das Nachtragsgesetz vom 17. Mai 1804. Es sind dies beides ganz knappe Gesetze mit wenig Artikeln. Das Erste umfasst 22 und das Letzte 12 Artikel, wobei sich von dem Einen 3, von dem Andern 5 Artikel noch mit dem Hypothekenwesen befassen. Was die Organisation betrifft, so schreibt die Verfassung von 1803 schon vor, dass darüber ein Gesetz zu erlassen sei. Am 21. Juni 1803 wird dann das Gesetz über Organisation des Gerichtswesens aufgestellt. Eine recht zahlreiche Reihe von weiteren Gesetzen, Kreisschreiben und Reglementen suchen das Prozessrecht zu vervollkommnen. Auch die zweimalige Verfassungsänderung von 1814 und 1831 übt ihren Einfluss aus.

Wir kennen in dieser Zeit eine zweifache Appellation, nämlich diejenige ans Bezirksgericht und die Berufung an das Appellationsgericht. Das Bezirksgericht spricht zweitinstanzlich über Streitsachen, die erstinstanzlich vom Friedensrichter, später[1] vom Kreisgericht behandelt worden sind. Das Appellationsgericht entscheidet zweitinstanzlich über Urteile des Bezirksgerichtes. Durch die Verfassung von 1831 wird dann das Appellationsgericht in Kantonsgericht umgetauft. Die Unabhängigkeit der Gerichte ist verhältnismässig klar durchgeführt. Besonders beim Appellationsgericht tritt dies zutage, dessen Mitglieder vom Grossen Rate frei, nicht aus

[1] Die Kreisgerichte sind durch das Organisationsgesetz vom 4. Mai 1816 eingeführt worden.

den eigenen Reihen gewählt werden und die nicht gleichzeitig Mitglieder des Kleinen Rates sein dürfen.

Appellabel sind nur Entscheide in der Hauptsache, sogenannte Endurteile. Über Beiurteile (Vorentscheide) findet keine Weiterziehung statt.[1] Die später eingerissene Unsitte, Vorfragen appellationsweise weiter zu ziehen,[2] wird durch das Kreisschreiben vom 1. Dezember 1834 strengstens untersagt.

Was den Streitwert anbetrifft, so finden sich von 1803 bis 1850 zahlreiche Änderungen im Sinne einer steten Erhöhung. Nach dem Gesetz vom 21. Juni 1803 muss die Appellationssumme für das Bezirksgericht über Fr. 16.—, für das Appellationsgericht über Fr. 160.— betragen (Art. 13 und 41). Dem Letzten fallen ohne Rücksicht auf den Streitwert noch die Berufungen gegen das Bezirksgericht betreffs ewiger Rechte, Bevormundungen und qualifizierter Injurien zu. Durch das Gesetz vom 4. Mai 1816 wird für das Bezirksgericht die Berufungssumme auf Fr. 32.—, für das Appellationsgericht auf Fr. 400.— erhöht (Art. 108 und 163). Schliesslich fixiert die Verfassung von 1831 den Streitwert für die Appellation ans Bezirksgericht auf mehr als 40 Gulden und an das Kantonsgericht auf mehr als 400 Gulden (Art. 90). In der kurzen Periode, während der das Handelsgericht der Stadt St. Gallen bestand,[3] konnten alle dessen Streitgegenstände vor das Appellationsgericht gezogen werden, sofern deren Wert Fr. 800.— überstieg. Nicht appellabel ist der schiedsrichterliche Ausspruch.

Über die Formalien der Berufungseinlegung gibt uns das Gesetz vom 29. Juni 1803 genaue Auskunft (Art. 13 ff). Nach Eröffnung des Urteils müssen die Appellationen sofort angefordert werden und dann innert einer fatalen Frist von 14 vollen Tagen — wobei der Tag des Erkenntnisses nicht gerechnet ist — in der Kanzlei desjenigen Gerichtes, an welches die Appellation ergeht, unter Vorweisung des Urteilscheines eingeschrieben werden. Dabei ist der Appellant gehalten ein Zeugnis dieser Einschreibung dem Präsidenten derjenigen Gerichtsstelle, von der das Urteil er-

[1] Artikel 17 des Gesetzes über die Prozessformen vom 29. Juni 1803.

[2] So herrschte einige Zeit der Gerichtsgebrauch, dass betr. der Vorfrage, „ob der Beklagte noch Red und Antwort zu geben schuldig sei", eine Appellation gewährt wurde. Zollikofer § 130.

[3] Das Handelsgericht der Stadt St. Gallen wurde gegründet durch das Gesetz vom 1. Mai 1816 und dann wieder aufgehoben durch das Gesetz vom 29. September 1831.

ging, innerhalb einer Woche nach Einschreibung vorzuweisen. Im Nachtragsgesetz von 1804 wird nun eine weitere Formvorschrift beigefügt, nämlich, dass das oben genannte Zeugnis der „eingeleimten" Appellation von dem betreffenden erstinstanzlichen Gerichtspräsidenten unter Beisetzung des Datums zu unterzeichnen und dem Vorweiser zuzustellen sei. Dieser aber muss es vor zweiter Instanz aufweisen, sonst wird er seines Rechtes verlustig (Art. 7). So überzeugte man sich damals genau, ob der erstinstanzliche Richter von der Appellation in Kenntnis gesetzt worden sei. Weiter wird verlangt, dass den Urteilen der untern Gerichte die Entscheidungsgründe beigefügt werden müssen (Art. 21 des Verfahrens-Gesetzes von 1803).

Die Wirkung der eingelegten Berufung äussert sich einerseits im Suspensiveffekt. In Artikel 22 heisst es klar, dass jedes gerichtliche Urteil 3 Wochen nach seiner Ausfällung vollzogen werde, wenn nicht ein nach der Gerichtsordnung zulässiges Rechtsmittel ergriffen werde. Anderseits bewirkt die Appellation den sogenannten Devolutiveffekt, d. h. dass das Erkenntnis der Streitsache dem höheren Gerichte übertragen wird.

Über das Verfahren geben die notdürftigen Satzungen des Gesetzes mit seinen ganzen 2 Artikeln kein deutliches Bild. Um so erfreulicher ist es, dass wir aus dieser Zeit eine Privatarbeit besitzen, welche den bürgerlichen Prozess nach den Gesetzen und der Übung des Kantons St. Gallen behandelt. Es ist dies das Buch von Johann Jakob Zollikofer. Der Verfasser will mit seinem Werke nur den durch Gesetz und Gewohnheit bestehenden damaligen Zustand darlegen und nicht ein wissenschaftliches Werk schaffen. Gerade durch seine Schlichtheit und tatsächliche Schilderung wird das Handbuch von Zollikofer besonders wertvoll. Das damalige Recht kennt im Prozess vor allen Instanzen nur ein Verfahren.[1] Nach Einlegung der Appellation wird den Parteien ein Termin zur Verhandlung gesetzt. Die Ladung geschieht entweder schriftlich oder mündlich (ins Gesicht gesagt) durch den Weibel. Jede 3. Zitation ist peremptorisch, und es wird somit in der Sache auch bei Abwesenheit eines Vorgeladenen gesprochen (Art. 16 des Gesetzes über Prozessform von 1803). Wenn die Parteien nicht persönlich gegenwärtig sind, dann müssen anfänglich ihre Vollmachten verlesen und verifiziert werden. Der Prozess wird summarisch behan-

[1] Vgl. Zollikofer § 126 ff. Der bürgerliche Prozess.

delt (Art. 17). Damit ist das rein mündliche Verfahren gemeint wie es bei allen Gerichten, die jetzt zum Kanton gehören, vor dem Untergang der alten Eidgenossenschaft angewendet wurde. Nach der Vollmachtenverlesung erteilt der Gerichtspräsident den Parteien das Wort. Falls Vorfragen zu erörtern sind, z. B. über den Ausstand einzelner Richter wegen Verwandtschaft oder andern Gründen, so werden diese zuerst behandelt, und das Gericht entscheidet über jede einzelne der gemachten Vorfragen durch ein Beiurteil. Die vor der ersten Instanz widersprochenen Sätze können aber vor der höheren Instanz wieder ins Recht gesetzt werden (Art. 17). Sind die entstandenen Vorfragen entschieden, dann wird auf die Hauptsache eingetreten. In weitläufigen und verwickelten Fällen beschränken sich die Parteien zuweilen im ersten Vorstand vor Gericht auf das Begehren einer gerichtlichen Untersuchungskommission, das, wenn nicht wichtige Umstände dagegen sprechen, gewöhnlich bewilligt wird. Findet dieser Fall nicht statt, so wird die Hauptsache verhandelt. Der Gerichtspräsident gibt der klagenden Partei das Wort, dann dem Beklagten zur Verantwortung, des fernern dem Ersten zur Replik und dem Letzten zur Duplik. In der Regel wird mit der Duplik geschlossen. Wenn die Triplik auf Ansuchen oder von Amtes wegen zugelassen wird, so muss der Beklagte, damit er das letzte Wort behalte, immer mit der Quadruplik gehört werden. Die Triplik wird notwendig, wenn der Beklagte in seinem zweiten Vortrag mit neuen Tatumständen oder Urkunden zum Vorschein kommt. In der Appellationsverhandlung fällt nun aber die Triplik aus, denn es liegt in der Natur der Sache, dass weder der Appellant noch der Appellat bei der Appellationsbehörde zur Unterstützung seines Begehrens neue Urkunden oder Gründe, die vor der ersten Instanz nicht vorgebracht worden sind, ins Recht legen dürfe. Es herrscht also das Novenverbot, wenn es auch erst ohne gesetzliche Norm, nur in der Übung besteht. Die Verfassung von 1831 erhebt dann dieses Gewohnheitsrecht zum Gesetz (Art. 28). Nach beendigtem Vortrag treten die Parteien ab und das Gericht berät über den Streitfall. Wird die Angelegenheit als spruchreif angesehen, so wird sofort in die Beratung der Hauptsache eingetreten. Findet das Gericht den Fall noch nicht spruchreif, so muss eine Kommissionaluntersuchung von Amtes wegen mit oder ohne Lokalbesichtigung angeordnet werden, oder es wird auf Beweis der widersprochenen Sätze erkannt und dadurch der Spruch in der Hauptsache auf eine andere Gerichtssitzung vertagt. Bei den Be-

weisen durch Zeugen besteht die Vorschrift, dass solche Verhöre im Abstand der Parteien und bei geschlossenen Türen geschehe (Art. 17). Kommt der Prozess so zum zweitenmal vor Gericht, so steht den Parteien wiederum ihr Vortragsrecht zu, besonders in den Fällen, wo ein Kommissionaluntersuch stattfand. In Fällen hingegen, wo es sich nur noch um eine Beweisleistung handelt, wird nur über das gesprochen, was der zu leistende Beweis erforderlich macht. Die zweitinstanzlichen Gerichte fällen das Endurteil, es gibt keine Zurückweisung an den erstinstanzlichen Richter. Anfänglich ist es nicht notwendig, den Urteilen die Entscheidungsgründe beizufügen, wie es für die unteren Gerichte Vorschrift ist. Mit der Verfassung von 1831 gilt dies aber auch für die letztinstanzlichen Urteile (Art. 27).

Eine Anschlussberufung ist nicht vorgesehen. Das Verbot der reformatio in peius zeigt sich in folgender Form. Wenn in Streitsachen nur eine Partei über das ergangene erstinstanzliche Urteil die Appellation ergriffen hat, so ist für die andere Partei dasselbe in Kraft erwachsen, und es kann nur der Appellant, nie aber Appellat in der zweiten Instanz auf eine Abänderung des Entscheides andringen, so wie auch dem Richter keine Befugnis zusteht (Art. 9 des Nachtragsgesetzes von 1804).

Hinsichtlich der Prozesskosten des Berufungsverfahrens gelten die allgemeinen Bestimmungen. Man unterscheidet rechtliche und ausserordentliche. Die rechtlichen Kosten werden vom Gericht nach dem Gerichtssportelntarif bestimmt. Die Partei, die in der Hauptsache unterliegt, wird insgemein zur Bezahlung der Kosten verurteilt. In zweifelhaften Fällen hat jeder Teil etwas davon zu tragen. Bis zum Entscheid sind Kommissional- und Augenscheinkosten bei dem verlangenden Teil oder dem Kläger zu erheben. Die ausserrechtlichen Kostenforderungen werden vom Gericht gewürdigt und nach Massgabe der Umstände dem unterliegenden Teil im Ganzen oder zum Teil zu vergüten auferlegt oder aber gegenseitig aufgehoben.[1]

Wenn wir nun noch die Stellung der Appellation im Rechtsmittelsystem betrachten, so zeigt sich die Berufung unumstritten als das Hauptrechtsmittel, für dessen Anwendung das Gesetz keine besonderen Gründe vorschreibt. Die Appellation ist auch universelles Rechtsmittel. Es kann jeder Mangel des erstin-

[1] Vgl. Zollikofer § 210 ff.

stanzlichen Urteils damit gerügt werden. Gegen letztinstanzliche Gesetzesverletzungen kann lange Zeit nicht vorgegangen werden. Die Restaurationsverfassung fordert dann dringend eine Behandlung solcher Fälle. Aber erst der Regierungsbeschluss vom 27. Februar 1826 gewährt in letztinstanzlich abgesprochenen Fällen wegen geglaubter Verletzung der gesetzlichen Normen oder Ausserachtlassung des Gesetzes selbst einen Rekurs an den Kleinen Rat. Die Regenerationsverfassung stellt schliesslich eine Kassationsbehörde auf, welche bei letztinstanzlicher Verletzung gesetzlicher Formen zuständig ist. Wird eine verlangte Appellation von einer erstinstanzlichen Behörde abgeschlagen, dann ist ein Rekurs an den Appellationsrichter gegeben (Art. 11 des Nachtragsgesetzes von 1804). Wird das Rechtsmittel der Revision ergriffen, so muss auf die allfällig anverlangte Berufung Verzicht geleistet werden (Art. 20 der Prozessform von 1803).

Es muss in dieser Zeit mit der Zivilgesetzgebung gut bestellt gewesen sein, und die Worte, die Joh. Zollikofer im Eingang zu seinem Werke niederlegt, könnten uns mit Neid erfüllen. Er schreibt nämlich dort: „Ein Prozessgang, wie der unsrige, so kurz und einfach, dass die schwersten Zivilrechtsfälle in wenigen Wochen ohne grosse Kosten definitiv entschieden sind, ist preiswürdig; er verdient gekannt, getreu gehalten und nachgeahmt zu werden."

§ 2. Die Berufung der bürgerlichen Prozessordnung von 1850.

Trotz der grossen Anzahl Erlasse, die wir aus den Jahren 1803 bis 1850 kennen, enthalten sie doch nur ein sehr unvollständiges Zivilprozessrecht. Deshalb erteilt der Grosse Rat schon im November 1834 dem Kleinen Rat den Auftrag zu einer Revision der Prozessform samt Advokatenordnung. Veranlassung gab auch dazu das Bedürfnis nach Zusammenfassung der zahlreichen und verstreuten Gesetze und Erlasse, denn man wollte unbedingt einem für Richter und Volk unerfreulichen, schwer zu übersehenden Zustand abhelfen. Ferner sollten die Klagen über zu teure Rechtspflege verschwinden. Aber erst 15 Jahre später kommt der Kanton St. Gallen zu einem neuen Zivilprozessgesetz, nämlich im Jahre 1850.[1] Eine reifliche Beratung ging dem Gesetz voraus. Die

[1] Die Geschichte der Kodifikation des Gesetzes von 1850 wird ausführlich behandelt in der Mappe „Zivilprozess 1803—53". Diese Mappe befindet sich im Kantonsarchiv. Auch Baumgartner berichtet eingehend darüber in seiner Geschichte des Kantons St. Gallen, B. III, S. 210 und 291.

Kodifikation bedeutet gegenüber der vorgehenden Periode einen gewaltigen Fortschritt. Mit seinen 270 Artikeln vermittelt das Gesetz die Einheitlichkeit des Prozessverfahrens. Im übrigen zeigt es sich als Wiedergabe des gemeinen, deutschen Zivilprozesses. Das neue Gesetz erwies sich aber bald als zu formalistisch, so dass das materielle Recht darunter leiden und die Rechtspflege notwendig eine teure bleiben musste. Deshalb veranlasst schon im Jahre 1864 der Regierungsrat den Grossen Rat, für Streitsachen von geringerem Streitwert ein möglichst einfaches und billiges Verfahren einzuführen. Im Februar 1866 tritt dieses Verfahren schon in Kraft. Die Veränderungen, die dieses Gesetz in der Gerichtsorganisation bedingt, werden nachträglich in dem Gesetz vom 1. März 1867 selbständig geordnet.

Die Gerichtsorganisation und Zuständigkeitsordnung ist durch das Verfahrensgesetz von 1850 nicht geändert worden. Es bestehen also weiter die Appellationen ans Bezirksgericht oder ans Kantonsgericht, und die Appellationssummen halten sich auf gleicher Höhe, wie sie durch die Verfassung von 1831 festgelegt wurden. Der Name Appellation erscheint nicht mehr im Gesetzestext, sondern man spricht von der Weitersziehung.

Appellabel sind nun nicht nur alle erstinstanzlichen Erkenntnisse in der Hauptsache, sondern auch alle jene erstinstanzlichen Erkenntnisse, welche den Gerichtsstand oder die Gerichtskompetenz, die Einlassungspflicht des Beklagten, den Besitzesschutz (sofern darüber ein gesonderter Rechtsstreit geführt wird), die Zulassung eines Begehrens um Reinigung, neues Recht oder Erläuterung betreffen oder der einen oder andern Partei eine Eidesleistung überbinden. Ferner ist die Weitersziehung gegeben gegen alle Ordnungsbussen wegen Trölerei in Verbindung mit der Weitersziehung der Hauptsache und gegen alle Erkenntnisse, wodurch Zeugen nach Artikel 158 zu einer Kostenvergütung verurteilt werden. Artikel 196 nennt diese Erkenntnisse Urteile, obwohl sie über Vorfragen ergehen. Gegen Kontumazurteile ist das Rechtsmittel der Weitersziehung niemals zulässig (Art. 213). Damit sind nun die Gesetzesverletzungen, die früher infolge verbotener Appellation gegen Erkenntnisse über Vorfragen häufig waren, aus dem Wege geschafft worden.

Die Formalien der Berufungserklärung sind vereinfacht worden. Die Weitersziehung muss innert 14 Tagen nach Eröffnung des erstinstanzlichen Urteils unter Vorlegung desselben beim zuständigen zweitinstanzlichen Gericht anhängig gemacht werden. Die

Frist ist also dieselbe geblieben. Neu kommen hinzu die allgemeinen Bestimmungen über die Rechtsfristen (Art. 268). Danach ist der Tag jener Handlung oder Tatsache, an welche die Frist geknüpft ist, niemals mitzuzählen. Erst der zunächst folgende Tag ist derjenige, mit welchem die Frist zu laufen beginnt. Unter Monaten und Jahren sind immer die einfallenden Kalendermonate und Kalenderjahre verstanden. Sonn- und Feiertage werden in die Frist einbezogen.

Das Verfahren vor zweiter Instanz ist summarisch, mündlich und öffentlich. Unmittelbar nach Einschreibung des Prozesses sind die Parteien vor Gericht zu laden (Art. 92). Die Verhandlung erfolgt auf der Grundlage der erstinstanzlichen Akten nach den allgemeinen Bestimmungen des gewöhnlichen Verfahrens vor Gericht und einigen besondern Vorschriften. Sie ist ohne Unterbruch fortzusetzen, bis sie durch ein Erkenntnis beendet ist oder vom Gericht durch ein aufschiebendes Vorurteil eingestellt ist (Art. 103). Die gerichtliche Verhandlung beginnt mit der Verlesung der Berufungserklärung. Nachher werden die allfälligen Vollmachten abgelesen (Art. 99). Hierauf finden die Parteivorträge statt, die in der Klage, Antwort, Replik und Duplik bestehen (Art. 101). Zwischen Antwort und Replik hat gegebenenfalls die Zeugeneinvernahme stattzufinden (Art. 105). Allfällige Vorfragen müssen bei Beginn der Verhandlung noch vor Eröffnung der Hauptklagen gestellt werden, sonst wird man damit nicht mehr gehört (Art. 102 ff). Wie schon im früheren Gesetze, so dürfen mit der Hauptrechtsfrage alle vor erster Instanz gestellten Vorfragen und Gesuche, welche durch blosse Vorurteile beschlagen sind, ohne weiteres wieder ins Recht gesetzt werden. Neue Rechtsfragen und neue Beweismittel dürfen nicht angenommen werden, ausgenommen, wenn sie bloss das Verfahren vor zweiter Instanz betreffen oder wenn die Gegenpartei die Zulassung derselben freiwillig gestattet. Es kann die Rückweisung an die erste Instanz wegen solchen Noven ausgesprochen werden, falls das Gericht nach einlässlicher Sachbehandlung gefunden hat, dass die neuen Rechtsfragen zur Wahrung des materiellen Rechtes wirklich erforderlich oder die neuen Beweismittel von wesentlichem Einfluss auf den Hauptentscheid sein könnten. In allen andern Fällen soll keine Rückweisung gestattet sein, sondern ohne alle Rücksicht auf die angetragenen neuen Rechtsfragen oder Beweismittel muss die Verhandlung der Hauptsache fortgesetzt werden. Wer eine Rückweisung begehren will, ist verpflichtet seine neu zu

stellende Rechtsfrage oder neu zu begründenden Beweismittel wenigstens 7 Tage vor der Gerichtssitzung der Gegenpartei mitzuteilen. Hat er diese Mitteilung unterlassen, so ist die Gegenpartei ermächtigt, auf Kosten des Säumigen Aufschub zu verlangen (Art. 215). Durch die Möglichkeit einer Rückweisung hat die Appellation ihren rein reformatorischen Charakter verloren, wie er nach den Gesetzen von 1803 und 1804 gegeben war. Vor zweiter Instanz können Augenscheine und Kommissionen verlangt werden in den genau gleichen Fällen, wie vor erster Instanz, ebenso auch neue Sachverständige. In beiden Fällen findet das gleiche Verfahren statt wie vor erster Instanz. Nachher wird dann das Erkenntnis gefällt. Dieses darf nur einen in Frage gesetzten Gegenstand beschlagen, die von den Parteien gestellten Rechtsgesuche niemals überschreiten und auch nicht gegen eine in den Rechtsstreit nicht verwickelte Person einen Rückgriff oder irgend eine Verpflichtung aussprechen (Art. 194).

Eingehend ist im Gesetz von 1850 auch das Kontumazialverfahren geregelt. Es trägt die typischen gemeinrechtlichen Züge. Wenn eine Partei auf peremptorische Vorladung nicht erscheint, so wird der anwesende Teil zum einseitigen Vortrag seiner Streitsache vorgelassen. Ist der anwesende Teil Kläger, so werden die in seiner Klage aufgeführten Tatsachen als erwiesen angenommen, und der Richter urteilt hierüber den Gesetzen gemäss, ohne sich von dem Ausbleiben der Gegenpartei irgendwie bestimmen zu lassen. Ist hingegen der Kläger zuwider der an ihn erlassenen peremptorischen Vorladung ausgeblieben, dann wird er mit der Berufung abgewiesen (Art. 120). Jede dritte Vorladung ist für alle in einen Rechtsstreit verwickelten Personen peremptorisch, unter gewissen Umständen schon die zweite Vorladung (Art. 118).

Eine bedeutende Neuerung liegt in der Gewährung des Adhäsionsrechtes für alle Rechtsmittel. Artikel 205 bestimmt, dass durch die Ergreifung eines Rechtsmittels seitens der einen Partei auch jede andere in den Rechtsstreit verwickelte Person, falls die Anmeldung nicht vor Beginn der Parteiverhandlungen wieder zurückgezogen worden ist, alle an das Rechtsmittel geknüpften oder daraus fliessenden Rechtsgesuche stellen könne, auf gleiche Weise wie wenn sie es selbst ergriffen hätte.

Die Regelung der Prozesskosten ergeht nach folgenden Grundsätzen. Bei Einstellungen und peremptorischen Vorladungen sind die dadurch entstandenen Kosten demjenigen Teil aufzuladen,

der sie durch sein saumseliges Verhalten oder durch sein ordnungswidriges Verfahren verschuldet hat. Bei Rückweisungen soll der begehrende Teil in sämtliche Kosten, welche bis anhin erlaufen sind, verurteilt werden, sofern sie nicht der Gegner selbst verursacht hat. Bei Urteilen sind dem unterliegenden Teil in der Regel sämtliche im ganzen Prozess erwachsenen Kosten aufzuladen. Ausnahmen treten ein hinsichtlich aller durch nachlässige oder mutwillige Schritte des Gegners veranlassten Kosten. Diese müssen immer dem Schuldigen angerechnet werden. Wenn die Rechtsfragen nicht vollständig zu Gunsten des einen Teiles entschieden werden, dann soll den Umständen gemäss eine teilweise Aufhebung der Kosten stattfinden, ebenso auch wenn die Partei nur wegen Nichtbeachtung gesetzlicher Formen unterlegen ist. Bei den ausnahmsweisen Entscheiden über die Kosten muss in den Erwägungen des Urteils der bezügliche Grund angegeben werden (Art. 197).

Durch die Prozessordnung in geringen bürgerlichen Streitigkeiten vom 8. Februar 1866 treten wichtige Änderungen ein. Dieses Gesetz überträgt die Entscheidung von Streitigkeiten bis auf Fr. 25.— dem Vermittler. An Stelle der bisherigen Untergerichte tritt eine, von jedem Bezirksgericht aus seiner Mitte ernannte Gerichtskommission von 3 Mitgliedern. Diese entscheidet ohne Weitersziehung alle dinglichen und Forderungsstreitigkeiten im Betrage von über Fr. 25.— bis Fr. 100.— (Art. 45 ff). Das Bezirksgericht beurteilt nun ohne Weitersziehung alle dinglichen und Forderungsstreitigkeiten im Werte von über Fr. 100.— bis Fr. 500.—, mit Weiterzug alle höheren Streitwerte. Solche Änderungen bedingen, dass wir nur noch eine Appellation kennen, nämlich die ans Kantonsgericht gegen weiterziehbare Urteile des Bezirksgerichtes. Die Appellationssumme ist auf über Fr. 500.— erhöht worden. Damit will man vermeiden, dass Bagatellsachen durch alle Instanzen gezogen werden und dadurch Kosten von mehreren hundert Franken verursachen.[1]

Um aber gegen die Urteile der Gerichtskommission und die nicht weiterziehbaren Erkenntnisse des Bezirksgerichtes nicht wehrlos zu sein, tritt an Stelle der Appellation die Nichtigkeitsbeschwerde, wenn sich im Urteil Verletzungen gesetzlicher Vorschriften finden, welche auf die Beurteilung der Sache von wesentlichem

[1] Vgl. Landammann Sailer in seinem Befürwortungsvotum (Tagblatt 1865, N. 275).

Einfluss sind. Zu ihrer Behandlung stellt das Kantonsgericht aus seiner Mitte eine Rekurskommission von 3 Mitgliedern auf (Art. 54 und 55 des Gesetzes von 1866). Wir sehen also, dass das Rechtsmittel der Berufung nur noch zur Anfechtung wichtiger Entscheidungen gewährt wird. In geringen bürgerlichen Streitigkeiten muss die Appellation hingegen das Feld räumen zu Gunsten des raschen und billigen Rechtsmittels der Nichtigkeitsbeschwerde, die nur die gröbsten Verstösse gegen das Gesetz korrigiert.

§ 3. Die Berufung des Gesetzes betr. die Zivilrechtspflege von 1900.

Kaum 25 Jahre nach der Kodifikation von 1850 ertönte schon wieder der Ruf nach der Totalrevision der Prozessordnung.[1] Aber erst, nachdem die Verfassung von 1890 ihr Programm aufgestellt hat, wird 1894 der erste Entwurf vorgelegt.[2] Nach langen Kommissionsberatungen und neuen Entwürfen wird die Vorlage am 31. Mai 1900 vom Grossen Rate angenommen und am 1. Januar 1902 tritt das Gesetz in Kraft.[3] Es umfasst erstmals Gerichtsorganisation wie Verfahren und mit seiner Anwendung werden 11 Gesetze und Beschlüsse, sowie Teile solcher Erlasse aufgehoben. Der Umfang und die Artikelzahl sind natürlich stark gewachsen gegenüber dem Gesetze von 1850, weil jenes nur einen Teil des gesamten Zivilprozessrechtes darstellt. Damit hat eine wichtige Entwicklung von Organisation und Verfahren des Zivilprozesses ihren glückhaften Abschluss gefunden. Idee und Programm, welche diesem Werke zugrunde liegen, sind in Artikel 20 der neuen Verfassung ausgedrückt: „Es ist Aufgabe der Gesetzgebung, ein möglichst rasches, das materielle Recht schützendes und nur mit den notwendigsten Formen umgebenes Zivilprozessverfahren beförderlich einzuführen."

Das Gesetz von 1900 behält seine Geltung bis 1940. Es sind auch in dieser Zeitspanne eine Reihe von Gesetzen und Erlassen entstanden, und zwar hauptsächlich durch die Schaffung von Spezialgerichten, wie Gewerbe-, Stickerei- und Handelsgericht. Das

[1] 1877 erfolgte die Beschlussnahme des Grossen Rates auf Totalrevision, und wurde 1887 erneuert, nachdem die erste Schlussnahme vollständig eingeschlafen war (Vgl. Schurter und Fritsche, Bd. 2, S. 432 ff).

[2] Botschaft vom 29. Juni 1894 (Siehe Amtsblatt 1894).

[3] Über die Geschichte der Gesetzesentwicklung berichtet eingehend die Botschaft zum neuen Zivilprozessgezetz von 1939 (Vgl. Amtsblatt 1937).

Gesetz vom 7. Februar 1939 hat daher bei seinem in Kraft treten 19 Gesetze und Verordnungen aufgehoben. Methodik und Formen des gerichtlichen Verfahrens wechseln eben in häufigeren Fällen, als die Normen des Privatrechts. Die Geschichte unseres Zivilprozesses beweist damit, dass Kodifikationen nur etwa den Bestand eines halben Jahrhunderts haben.

Die Appellation hat ihren Hauptcharakter durch die ganze Entwicklungsgeschichte bewahrt und ist universelles Rechtsmittel geblieben. Sie ist, wie schon durch die Prozessordnung für geringe Rechtsstreitigkeiten von 1866 festgelegt wurde, auch weiterhin nur ans Kantonsgericht gegen weiterziehbare Urteile des Bezirksgerichtes gegeben. Die Vorschriften über die Ermittlung des Streitwertes, die zum grössten Teile neu sind, finden auch bei der Eruierung der Appellationssumme entsprechende Anwendung. Es wird nämlich dort die Zulässigkeit einer Berufung von demjenigen Betrage abhängig gemacht, welcher in der erstinstanzlichen Parteiverhandlung noch streitig war.

Die Berufung wird gegen Urteile in der Hauptsache, gegen Vorentscheide und Eidesbeweiserkenntnisse gewährt. Die Appellation gegen Entscheide über Vorfragen ist fast in denselben Fällen, wie im Gesetz von 1850, gegeben. Weggefallen ist die Berufung gegen einen Entscheid über den Besitzesschutz. Nicht mehr gestattet ist sie auch gegen Ordnungsbussen und Erkenntnisse, worin die Zeugen zu einer Kostenvergütung verurteilt werden (Art. 302).

Im Grossen und Ganzen sind die Formalien der Berufungserklärung dieselben geblieben. Neu verlangt wird, dass die Berufung eine Spezifikation der Anfechtungspunkte enthalte, wenn sich das Urteil auf mehrere Streitpunkte bezieht (Art. 303). Diese Bestimmung muss aber als Ordnungsvorschrift gewertet werden.[1]

Das Berufungsverfahren erfolgt auf Grundlage der erstinstanzlichen Akten nach den Bestimmungen des Verfahrens vor Bezirksgericht und auf Grund besonderer Vorschriften. Was den Inhalt des Verfahrens anbelangt, so finden wir hier eine entscheidende Neuerung. Das Prozessgesetz von 1900 lässt Noven fast unumschränkt zu (Art. 306, Ziff. 5). Bisher beherrschte die gemeinrechtliche Auffassung des prinzipiellen Novenverbotes weithin die Prozessordnungen. Ihre Zulassung würde die Autorität der erstinstanzlichen Gerichte gefährden, die Systematik und Logik des Ge-

[1] Scherrer-Füllemann, Kommentar, Anm. 5–7 zu Art. 303, Abs. 2.

setzes durchbrechen, so wurde argumentiert.[1] Diese Neuerung setzte sich aber im Sinne von Artikel 20 der Kantonsverfassung durch, der in erster Linie Schutz des materiellen Rechtes fordert. Damit ist den Parteien nämlich die Möglichkeit gegeben, allfällige ihnen erstinstanzlich nachteilig gewesene Unterlassungen vor zweiter Instanz gut zu machen und so dem materiellen Rechte zum Siege zu verhelfen. Eine Rückweisung an die erste Instanz existiert jetzt nicht mehr, und die Berufung hat wieder rein reformatorischen Charakter. Der Gang des Verfahrens wickelt sich nun folgendermassen ab. Durch die Appellationserklärung wird der Streit beim Kantonsgericht anhängig gemacht. Mit ihr erfolgt gleichzeitig eine neue Prozesseingabe, dann, wenn Noven vorgebracht werden. Die Kantonsgerichtskanzlei hat der ersten Instanz ohne Verzug von der Appellationserklärung Kenntnis zu geben und die Amts- und Parteiakten zu fordern (Art. 304). Der Appellat hat das Recht, innert 10 Tagen seit Zustellung der Prozesseingabe des Appellanten, auf diese zu antworten und selbst neues vorzubringen (Art. 306, Ziff. 5). Der Präsident setzt die erst- und zweitinstanzlichen Akten vor der Tagfahrt unter den Mitgliedern des Kantonsgerichtes in Umlauf, oder legt sie angemessen zur Ansicht auf. Spätestens 5 Tage vor der Verhandlung sind die Parteiakten zurück zu stellen (Art. 305). Analog dem Verfahren vor Bezirksgericht prüft im Vorverfahren der Gerichtspräsident die Appellationsvoraussetzungen und weist eventuell diese als ungültig zurück. Es ist dies ein schriftliches Verfahren ohne Zuzug der Parteien. Dessen Zweck liegt darin, den Prozess soweit vorzubereiten, dass die Verhandlung in einer Gerichtssitzung beendet wird. Das Hauptverfahren ist mündlich. Es werden zuerst Vorfragen behandelt, dann erst die Hauptsache. Nach Anhören der Parteien wird, falls der Streit spruchreif ist, über das Urteil beraten, sonst erlässt der Richter ein Beweisdekret. Ist nach der Hauptverhandlung noch ein weiteres Beweisverfahren notwendig, dann findet in der Regel eine Schlussverhandlung statt, auf welche die Parteien verzichten können (Art. 307). Die Fällung des Urteiles erfolgt sofort oder aus wichtigen Gründen einen Monat später.

Das Kontumazialverfahren trägt im wesentlichen die überlieferten gemeinrechtlichen Charakterzüge des Gesetzes von 1850.

Das Adhäsionsrecht, welches vorher unbeschränkt bestand, ist wesentlich eingeengt worden. Der Appellat ist nur noch befugt,

[1] Andreas Heusler, S. 175 ff. Der Zivilprozess der Schweiz.

in Bezug auf die vom Appellanten in der Appellationserklärung namhaft gemachten Streitpunkte selbständig Anträge zu stellen, wie wenn durch ihn ebenfalls die Berufung ergriffen worden wäre (Art. 308).

Hinsichtlich der Prozesskosten gelten noch die gleichen Bestimmungen mit wenig Neuerungen. Artikel 306, Ziff. 7 verlangt, dass die Kostennote der zweiten Instanz auch die Spezifikationen aller bis zur Erlassung des erstinstanzlichen Urteils erlaufenen Kosten enthalten müsse. Das bedeutet, dass der Appellationsrichter neben der Verteilung der zweitinstanzlichen Kosten auch diejenigen der erstinstanzlichen Kosten vornehmen müsse. Eine Herabsetzung der Kosten findet nicht nur statt, wenn eine Partei wegen Nichtbeachtung gesetzlicher Form unterlegen ist, sondern auch, wenn grundsätzliche Fragen der Rechtsanwendung oder Auslegung erstmalig zu entscheiden sind, über welche man in guten Treuen verschiedener Meinung sein kann (Art. 97).

In dem Gesetz, das am 30. Oktober 1911 in Kraft trat, betreffend die Einführung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs, wird beim Kantonsgericht die Stelle eines Rekursrichters eingeführt. Es kann nun gegen bestimmte Entscheide des Bezirksgerichtspräsidenten in Betreibungs- und Konkurssachen ein Rekurs an den Rekursrichter eingegeben werden. Dieser Rekurs ist aber vielmehr eine Berufung, da mit ihm alle Mängel des Verfahrens und angefochtenen Entscheides gerügt werden können.

Zweiter Abschnitt.

GELTENDES RECHT.

I. Kapitel:
Von den Rechtsmitteln.

§ 4. Das Rechtsmittelsystem.

I. Begriff.

Unter dem Worte Rechtsmittel verstehen wir, rein sprachlich gesehen, jedes Mittel, um zu seinem Recht zu gelangen. Ein solcher Rechtsmittelbegriff gehört der allgemeinen Rechtslehre an, nicht nur den formellen Rechten. Danach wäre z. B. ein derartiges Rechtsmittel die Selbsthilfe. Im Prozessrecht hingegen hat dieser Begriff eine andere Bedeutung. Das gemeine Recht bezeichnete als Rechtsmittel alle jene, die dazu dienen, eine Entscheidung anzufechten und eine günstigere Entscheidung herbei zu führen.

Wenn wir die heutigen, verschiedenen Prozessgesetze untersuchen, dann sehen wir, dass sich in den meisten keine Begriffsbestimmung findet oder dass sich die einzelnen Definitionen stark von einander unterscheiden. In den zahlreichen schweizerischen Prozessgesetzen finden wir in den wenigsten Fällen eine Legaldefinition. Es wird vielfach angenommen, dass der Rechtsmittelbegriff aus den gemeinsamen Merkmalen der als Rechtsmittel bezeichneten Rechtsbehelfe jeweils gewonnen werden müsse. So leitet Fatzer[1] für das thurgauische Zivilprozessrecht eine selbständige Begriffsbestimmung ab. Er teilt allen denjenigen Rechtsbehelfen Rechtsmittelqualität zu, die vom Gesetz als solche bezeichnet sind. Auch Caflisch[2] geht vom gleichen Standpunkt aus. Er leitet aus den gegebenen Rechtsmitteln einen Oberbegriff ab, indem er ihnen a priori Rechtsmittelqualität zuerteilt. Ontologisch betrachtet, kann diese

[1] Rechtsmittel des thurg. Z. P. R. S. 19 ff.
[2] Rechtsmittel im bündn. Z. P. R. S. 19 ff.

Ansicht als richtig angesprochen werden. Hingegen vom logischen Standpunkte aus ist es notwendig, dass ein allgemeiner Oberbegriff aufgestellt wird, und aus diesem lässt sich dann bestimmen, was im konkreten Fall als Rechtsmittel anzusprechen ist. Im Interesse einer einheitlichen Beurteilung der Rechtsmittel werde ich an der allgemeinen Begriffsbestimmung, wie sie im gemeinen Recht gegeben ist, festhalten.

Drei Merkmale scheinen mir das Wesen des Rechtsmittels zu bestimmen. Es muss sich handeln um ein Verfahren betreffend eine richterliche Entscheidung; diese Entscheidung muss angefochten werden, und der Zweck soll ein günstigeres Urteil sein.[1] Im St. Gallischen Zivilprozessrecht werden folgende „Rechtsmittel" genannt: Berufung, Nichtigkeitsbeschwerde, Wiederherstellung, Reinigung, Erläuterung, Rechtsverweigerungsbeschwerde. Von diesen erkenne ich nur die vier erstgenannten als Rechtsmittel an. Die Erläuterung richtet sich gegen einen richterlichen Entscheid, ficht diesen aber nicht an und will kein günstigeres Urteil, sondern sie will nur die Behebung der im Erkenntnis enthaltenen Unklarheiten. Die Rechtsverweigerungsbeschwerde richtet sich nicht nur gegen richterliche Entscheide, sondern auch gegen verwaltungsrechtliche Verfügungen, gegen ungebührliches Benehmen, Rechtsverweigerung, Amtsmissbrauch. Sie bedeutet daher in den meisten Fällen ein Disziplinarmittel gegen die Person des Richters und gehört dem Verwaltungsrecht an. Diese zwei Erscheinungen möchte ich deshalb als rechtsmittelähnliche Rechtsbehelfe bezeichnen.

II. Zweck.

Alle Rechtsmittel haben ihren tiefern Grund in der Fehlbarkeit der menschlichen Erkenntnis. Es können Entscheidungen unrichtig sein oder es werden die meisten Entscheidungen doch von der unterliegenden Partei für unrichtig gehalten. Infolge dieser Tatsache einerseits und dem psychologischen Grunde anderseits, dienen die Rechtsmittel dem berechtigten Wunsche der Parteien, eine nachteilige Entscheidung in eine ihnen günstigere umzuwandeln. Der Rechtsmittelzweck ist daher stets die Veränderung der Rechtslage zu Gunsten des Antragstellers durch ein übergeordnetes Gericht.[2]

[1] Vgl. Rigoleth: S. 5, Die ordentl. Rechtsmittel der Appellation und der Nichtigkeitsbeschwerde.

[2] Pollak: Österr. Zivilprozessrecht, II. Bd. S. 580.

Ausser den Parteien hat aber auch der Staat ein Interesse, der materiellen Wahrheit zum Durchbruch zu verhelfen. Jedes noch so mangelhafte Urteil stellt doch immerhin einen Akt der staatlichen Autorität dar. Es bedeutet daher nur eine Art Selbsterhaltung, wenn der Staat die Richtigkeit seiner Rechtssprechung nach Möglichkeit garantieren will. Das Mittel zur Erreichung dieses Zweckes ist nun eben die Ausgestaltung der Gerichtsorganisation in mehrere Instanzen. Diesen Instanzen kann der Rechtsstreit zu erneuter Beurteilung und besseren Würdigung vorgelegt werden. Der Rechtsmittelzweck besteht in diesem Falle in der Gewährung von Rechtssicherheit und der Bestärkung des Vertrauens des Volkes in die staatliche Rechtspflege.

Die Rechtsmittel dürfen nun aber nicht in schrankenloser Ausdehnung gegeben sein. Eine dementsprechende Beschränkung liegt sowohl im Interesse der Parteien (besonders der siegreichen), als auch des Staates, da sonst eine unerträgliche Belastung der Gerichte und eine Vergeudung von Zeit und Kosten entstehen würde. Einmal muss der Rechtsstreit doch ein Ende haben.

Wir sehen also zwei Tendenzen, die einander gegenüber stehen. Die eine sucht den Rechtsmittelweg möglichst weit zu gestalten zum Schutze der materiellen Wahrheit, die andere ihn einzuschränken im Sinne eines raschen, billigen Verfahrens. Beide Strömungen können sich nur auf gegenseitige Kosten entfalten. Es besteht daher die Notwendigkeit, den Rechtsstreit schon in erster Instanz aufs Beste auszugestalten, um so die Richtigkeit des ersten Urteils zu sichern.

III. Einteilung.

Unter den Rechtsmitteln lassen sich, je nach den Einteilungspunkten, verschiedene Gruppen unterscheiden. Die Z. P. O. nimmt keine Einteilung der Rechtsmittel vor. In der Literatur, insbesondere in der gemeinrechtlichen, wird aber oft zwischen ordentlichen und ausserordentlichen Rechtsmitteln unterschieden, wobei das Kriterium für die Rechtsmittelart recht verschieden ist.

Wetzell[1] sieht das Kriterium in der Interpositionsfrist. Ordentliche Rechtsmittel sind demnach diejenigen, deren Geltendmachung an die kurze Einlegefrist von 10 oder 14 Tagen gebunden ist. Ausserordentliche aber sind die, welche der Klageverjährung unterworfen sind.

[1] Wetzell: System des ordentl. Zivilproz. S. 670.

Sperl[1] bezeichnet als ordentliche Rechtsmittel jene, welche den Eintritt der formellen Rechtskraft hindern, also Suspensiveffekt haben. Ein Entscheid wird also angefochten, bevor er in formeller Rechtskraft erwachsen ist. Die ordentlichen Rechtsmittel bewirken so die Fortsetzung desselben Verfahrens in höherer Instanz. Im Gegensatz dazu stehen die ausserordentlichen Rechtsmittel. Sie bewirken das Entstehen eines neuen zweiten Verfahrens, sie hindern den Eintritt der Rechtskraft einer Entscheidung nicht, ja setzen zuweilen schon voraus, dass die Rechtskraft vorliegt.

Einfach und klar erscheint mir das Kriterium, das Matti[2] gibt. Nach ihm sind ordentliche Rechtsmittel dann gegeben, wenn sich eine Partei irgendwie beschwert erachtet, ohne besondere Gründe nachzuweisen, ausserordentliche hingegen, wenn besondere Anfechtungsgründe vorhanden sind. Diese Unterscheidung dürfte wohl am ehesten den Ausdrücken ordentlich und ausserordentlich entsprechen. Ich werde mich daher in meiner Darstellung an dieses Kriterium halten. Die st. gallische Praxis widerspricht sich bei dieser Qualifizierung der Rechtsmittel. Das einemal spricht sie von dem ausserordentlichen Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeschwerde,[3] und dann wieder von den ordentlichen Rechtsmitteln, wie Appellation und Nichtigkeitsbeschwerde.[4]

Ferner spricht man von einem devolutiven und nichtdevolutiven Rechtsmittel, je nachdem sie zu einer neuen Entscheidung eines judex ad quem oder des judex a quo führen.

Beim Überschauen der ausserordentlich verschiedenartig gestalteten Rechtsmittel zeichnen sich vor allem drei grosse Gruppen von Rechtsmitteln ab, entsprechend den drei Hauptmängeln, die einem Urteil anhaften können.

Ein Urteil kann angefochten werden:

a) wegen materiell rechtl. Unrichtigkeit;
b) wegen formeller Nichtigkeit;
c) aus Billigkeitsgründen, obwohl es materiell und formell richtig ist.[5]

---

[1] Sperl: Lehrbuch der bürgerlichen Rechtspflege. S. 583.
[2] Matti: Zivilprozessrecht. S. 1117.
[3] Vgl. Prot. des Kass.-G. vom 30. Dez. 1911 und 28. Febr. 1910.
[4] St. gall. Verwaltungspraxis, Bd. II, No. 108.
[5] Heusler Andr.: S. 150.

Im ersten Falle wird die Berufung oder Appellation gewährt, die darauf gerichtet ist, das angefochtene Urteil durch ein materiell rechtlich besseres zu ersetzen.

Bei formeller Nichtigkeit wird durch die Nichtigkeitsbeschwerde das angefochtene Urteil vernichtet.

Aus Billigkeitsgründen hingegen kann eine in materiell und formell rechtlicher Beziehung richtige Entscheidung durch die restitutio in integrum oder durch die Reinigung angefochten werden. Letztes Rechtsmittel wird zwar in der st. gallischen Z. P. O. angeführt, in andern Gesetzen aber im Zusammenhang mit dem Versäumnisverfahren behandelt.

So logisch diese klare Unterscheidung der Rechtsmittel nach ihrem Zwecke auch ist, es stehen ihr doch praktisch grosse Schwierigkeiten entgegen. Im Interesse einer einfachen und raschen Durchführung des Verfahrens verzichtete man auf die straffe logische Trennung und gestaltete das Rechtsmittelsystem nach praktischen Gesichtspunkten. Die Grenzscheidung zwischen Berufung und Nichtigkeitsbeschwerde wurde nicht mehr prinzipiell durchgeführt, so können wir z. B. im st. gallischen Zivilprozessrecht mit der Berufung materiell wie formell rechtliche Mängel anfechten. Das Leben lässt sich nicht immer mit scharf formulierten Systemen meistern, sondern zwingt in vielen Fällen die Theorie zu Kompromissen. Es kann daher Heusler[1] in seinen Ausführungen nicht beigepflichtet werden, wenn er hartnäckig an der starren Systematik festhält.

§ 5. Die gemeinsamen Voraussetzungen der Rechtsmittel.

Die Rechtsmittelvoraussetzungen lassen sich mit den Prozessvoraussetzungen vergleichen. Diese sind in erster Instanz notwendig, damit das Gericht in die materielle Behandlung der Sache eintreten kann, jene begründen die zweitinstanzliche, sachurteilende Tätigkeit des Richters. Liegen die Rechtsmittelvoraussetzungen nicht vor, so wird das Rechtsmittel als unzulässig verworfen (angebrachtermassen abgewiesen). Davon ist zu unterscheiden die Abweisung des Rechtsmittels als unbegründet. Diese erfolgt erst nach der Verhandlung in der Sache selbst im eigentlichen Rechtsmittelverfahren. Begründet ist ein Rechtsmittel, wenn sich die mit ihm verfolgte Rechtsbehauptung als richtig herausstellt. Für den Erfolg

[1] Heusler Andr.: S. 152 ff.

eines Rechtsmittels sind Zulässigkeit und Begründetheit unbedingt erforderlich. Es darf allerdings über die Begründetheit nicht erkannt werden, bevor die Frage der Zulässigkeit bejahend gelöst ist. Es ist daher unsere erste Aufgabe, diese Erfordernisse zu untersuchen. Wie wir schon oben gesehen haben, verfolgt jedes Rechtsmittel seinen ihm vom Gesetz aufgegebenen Zweck, und keines vermag daher das andere zu ersetzen. Trotz dieser speziellen Aufgabe haben sie doch gemeinsame Erfordernisse. Für die Zulässigkeit der Rechtsmittel im Allgemeinen sind daher folgende Voraussetzungen notwendig:

I. Statthaftigkeit.

Sie zeigt sich bei den einzelnen Rechtsmitteln ziemlich unterschiedlich. Allgemein kann gesagt werden, dass ein Rechtsmittel an sich statthaft ist, wenn es gegen eine Entscheidung überhaupt gegeben ist. Ein solches allgemeines Erfordernis liegt darin, dass der Entscheid eines staatlichen Gerichtes verlangt wird. Gegen Entscheide in Streitsachen, die dem ordentlichen Verfahren entzogen sind, gibt es prinzipiell keine Rechtsmittel, so gegen Urteile von Femegerichten und von Personen, die sich Gerichtsbarkeit anmassen, gegen Verwaltungsbeschlüsse etc. Auch gegen Schiedsgerichtsurteile sollte es demnach keine Rechtsmittel geben. Tatsächlich ist das Rechtsmittel der Berufung hier nicht zulässig, wie es sich aus dem Gesetzestext herauslesen lässt (Art. 413, 419, 420. 423). Dennoch macht das Gesetz eine Ausnahme, indem es andere Rechtsmittel gestattet. Artikel 36 bestimmt sogar, dass der Ausschluss der Nichtigkeitsbeschwerde, des neuen Rechtes und der rechtsmittelähnlichen Erläuterung im Schiedsvertrag ungültig sei. Der Grund, warum diese Rechtsmittel gegeben sind, liegt darin, dass nicht vermutet werden kann, es verzichten die Beteiligten infolge Schliessung des Schiedsvertrages bei Entdecken neuer Tatsachen auf ihre Geltendmachung, oder sie erklären sich gar bereit, gegen Gesetz und Schiedsvertrag beurteilt zu werden. Schliesslich bleibt ihr Anspruch auf ein klares, eindeutiges Urteil ebenfalls bestehen.

Weiter muss im Urteilsspruch eine Beschwer liegen. Sie besteht im nachteiligen Unterschied zwischen einem Rechtsbegehren und dem ergangenen Urteil. Das Erfordernis der Beschwer ergibt sich aus dem Wesen des Rechtsmittels, das auf die Herbeiführung einer günstigeren Entscheidung gerichtet ist. Eine Reihe bekannter

Autoren[1] bestreitet, dass die Beschwernis zu den Voraussetzungen der Rechtsmitteleinlegung gehört. Nach ihrer Ansicht würde der Mangel einer Beschwernis nicht zur Abweisung von der Instanz, sondern zur Abweisung des Rechtsmittels als unbegründet führen. Es scheint mir aber wichtig, dass hier eine Unterscheidung gemacht wird zwischen materiell-inhaltlicher und formeller Beschwernis.[2] Eine formelle Beschwer sehe ich darin, dass sich einer beschwert fühlt, weil seinem Rechtsbegehren nicht oder doch wenigstens nicht vollständig entsprochen wird, ob mit Recht oder Unrecht bleibe dahingestellt. In diesem Sinne kann die Beschwer unbedingt als nötige Voraussetzung eines jeden Rechtsmittels angenommen werden. Der Vorteil einer solchen Annahme zeigt sich in der Praxis in evidenter Weise, denn bei mangelnden Voraussetzungen muss auf die Sache gar nicht eingetreten werden. Ob nun aber die Diskrepanz zwischen Rechtsbegehren und Urteilsspruch ungerecht sei (materiell-inhaltliche Beschwernis), ist für die Voraussetzungen der Rechtsmittel irrelevant, das ist eine Frage der Begründetheit.[3]

II. Legitimation.

Es kann nicht jede beliebige Person ein Rechtsmittel einlegen, sondern man muss zu dieser Handlung legitimiert sein. Die Legitimation kommt sowohl den Haupt- als auch den Nebenparteien zu. Für beide gilt aber als Vorbedingung, dass sie sich durch den fraglichen Entscheid verletzt fühlen (Formelle Beschwernis).

In erster Linie sind die Hauptparteien und ihre Vertreter zur Einlegung der Rechtsmittel befugt. Es sind dies der Kläger und der Beklagte, also diejenigen Personen, die im vorherigen Verfahren gestritten haben und an der Streitsache hauptsächlich interessiert sind. Der Parteienvertreter, der schon in der ersten Instanz ermächtigt war, braucht hier keine neue Ermächtigung nach dem Wortlaut von Artikel 119, sondern er kann alle im Streite nützlichen Rechtshandlungen vornehmen. Ausser dem ursprünglichen Kläger und Beklagten können auch deren Rechtsnachfolger von einem Rechtsmittel Gebrauch machen. So tritt der Universalsukzessor ohne weiteres an Stelle der verstorbenen Hauptpartei und er kann

[1] Vgl. Plank, Lehrbuch des deutschen Zivilprozesses Bd. 2, S. 443 ff. Hellwig, System des deutschen Zivilprozesses Bd. 1, S. 836.

[2] Vgl. Walsmann, Die Anschlussberufung, S. 90.

[3] Vgl. Rosenberg, Lehrbuch des deutschen Zivilprozesses, S. 471.

kraft eigenen Rechtes ein Rechtsmittel einlegen, denn die den Nachlass antretenden Erben setzen gewissermassen die Person des Erblassers fort. Der Singularsukzessor hingegen wird zur Hauptpartei, sofern der Gegner es zulässt (Art. 116).

Bei Streitgenossenschaft kann der einzelne Streitgenosse analog seinem Prozessführungsrecht auch ein Rechtsmittel einlegen (Art. 104). Ebenso auch der solidarische Streitgenosse (Art. 106). Eine Ausnahme besteht für die notwendige Streitgenossenschaft, wo die Gesamtheit der Streitgenossen oder ihr Beauftragter die Legitimation für die Rechtsmitteleinlegung besitzt (Art. 107, Abs. 2).

Die Nebenparteien, die sich am Rechtsstreit beteiligen, sind der Hauptintervenient, Nebenintervenient und der Litisdenunziat. Sie alle sind zur Rechtsmitteleinlegung berechtigt. Der Hauptintervenient kann in jedem Stadium, solange der Prozess noch nicht rechtskräftig geworden ist, seine Klage erheben, also auch im kantonalen Berufungsverfahren, jedoch nicht bei der Berufung an das Bundesgericht.[1] Der Nebenintervenient und der Litisdenunziat sind nur dann zur Einlegung befugt, wenn die Hauptpartei die Rechtsmittel nicht ergreifen will (Art. 110, Abs. 5 und 114). Sie führen dann den Prozess auf den Namen der Partei, aber auf eigene Gefahr weiter. Sie können aber auch mit der andern Partei vereinbaren, dass sie als Partei den Prozess aufnehmen.

III. Nichtvorliegen von Verzicht oder Zurücknahme.

Im Rechtsmittelverfahren kann der Abstand durch zwei Handlungen erfolgen, durch den Verzicht oder durch die Zurücknahme.

Ein Verzicht liegt vor, wenn der Abstand vor Einlegung des Rechtsmittels erfolgt ist und wird definiert als die Erklärung, das

[1] Der Bundesgerichtsentscheid Bd. 36 II 21 erklärt nämlich, dass in Artikel 85 O. G. (der diejenigen Bestimmungen des B. Z. P. aufzählt, welche auf das Berufungsverfahren Anwendung finden) von dem die Hauptintervention behandelnden Artikel 17 B. Z. P. nicht die Rede sei.

In einem neuen Entscheid (Bd. 66 II 31) bestätigt das Bundesgericht seine Praxis und führt weiter aus, dass dies ohne weiteres verständlich sei, wenn man das Wesen der Hauptintervention in Betracht ziehe. Der Hauptintervenient behauptet ein besseres, die beiden Parteien des ursprünglichen Prozesses ausschliessendes Recht am Streitgegenstand zu besitzen. Er muss also im Hauptinterventionsverfahren, das im Grunde einen völlig neuen Prozess zwischen ihm als Kläger und den Parteien des ursprünglichen Prozesses als Beklagten darstellt, notwendigerweise neue tatsächliche Behauptungen, neue Begehren und Einreden vorbringen. Dies ist aber nach Artikel 80 O. G. unzulässig.

Urteil nicht anfechten zu wollen. Die Zulässigkeit des Verzichtes auf ein Rechtsmittel nach Erlass des Urteils geht klar aus unserer Zivilprozessordnung hervor. In den Artikeln 413, 419, 428, 442, 447 treffen wir nämlich immer wieder die Ausdrücke, wie: „kann man ein Rechtsmittel einlegen" oder „wenn er vom Rechtsmittel Gebrauch machen will". Der Berechtigte kann nämlich von der Ausübung seines öffentlichen Rechtes im einzelnen Falle absehen, sofern sein Recht nicht die Kehrseite einer Pflicht ist.[1] Es darf also auf Rechtsmittel nach Erlass des Urteils verzichtet werden. Prozessuale Bedeutung und Wirksamkeit erlangt aber der Verzicht nur, wenn er an das Gericht erklärt wird. Die Erklärung kann in einem Schriftsatz bestehen oder mündlich nach der Urteilsfällung erfolgen.

Eine andere Frage ist, ob vor Erlass des Urteils ein Verzicht auf Rechtsmittel möglich sei. Auf öffentliche Rechte kann, wie allgemein bekannt ist, nicht zum voraus, d. h. nicht, bevor sie einem zustehen, gültig verzichtet werden. Bekannte Autoren[2] bestreiten auf Grund dessen den Verzicht vor Erlass des Urteils für einseitige Prozesshandlungen. Hingegen gestatten sie ihn bei Verträgen, infolge von Analogieschlüssen aus dem Schiedsvertrag heraus. Dort können die Parteien die gerichtliche Entscheidung ganz ausschliessen und durch Vereinbarung der sachlichen Zuständigkeit auch den Instanzentzug verschieben. Sie behaupten, dass ein solcher Verzicht nur als Vertrag zulässig sei und dass dieser Vertrag wie andere ähnliche prozessrechtliche Verträge, weil ausserhalb des Prozesses abgeschlossen, in jeder Beziehung dem bürgerlichen Rechte unterstehe. Die Wirkung des Vertrages hingegen liege auf dem prozessualen Gebiete und begründe eine prozessuale Einrede, auf Grund dessen das Rechtsmittel als unzulässig verworfen werden kann. Dagegen muss gesagt werden, dass der Schiedsvertrag durch positive Gesetzesbestimmungen (Art. 36) normiert wird und deshalb, obwohl private Vereinbarung, prozessuale Wirkung hat. Dem Verzichtsvertrag vor Urteilserlass mangelt eine gesetzliche Norm und daher kann der privatrechtliche Vertrag nicht öffentlich-rechtliche Einreden erzeugen. Es dürfte daher klar sein, dass im st. gallischen Zivilprozess nur der Verzicht nach Urteilserlass Geltung haben kann. Diese Ansicht schliesst nicht aus, dass aus einer, vor Erlass des Urteils getroffenen Vereinbarung, privatrechtliche Bindungen

[1] Siehe Fleiner: Institutionen des deutschen Verwaltungsrechtes S. 178.

[2] Vgl. Stein: Kommentar zum deutschen Zivilprozessrecht, Bd. 2, S. 19, Rosenberg S. 476.

entstehen können.[1] Aus ihrem Bruche könnten Schadenersatzansprüche geltend gemacht werden.

Einem Verzicht ähnlich kommt die Zurücknahme, nur ist hier Voraussetzung, dass das Rechtsmittel schon eingelegt ist. Die Zurücknahme hat den Verlust des eingelegten Rechtsmittels zur Folge. Eine erneute Einlegung wird verneint, da dies einem geordneten Prozessgang entgegensteht.[2] Die Zurücknahme bedarf der Form eines Schriftsatzes oder einer Erklärung in der mündlichen Verhandlung, die zu Protokoll genommen wird. Sie kann erfolgen bis zum Momente, in dem die Parteiverhandlung geschlossen wird. Der Rückzug des Rechtsmittels hat zur Folge, dass alle durch das Rechtsmittel entstandenen Kosten vom Zurücktretenden getragen werden müssen.

IV. Wahrung von Frist und Form.

Die Einlegung von Rechtsmitteln ist an gewisse Formen gebunden. Es stehen zwar nur wenige allen Rechtsmitteln gemeinsam zu. Die Form ist eben meistens dem Zwecke angepasst. Dennoch gelten einige wesentliche Formen als allgemeine Rechtsmittelvoraussetzungen.

Als erstes Erfordernis gilt die Schriftform (Art. 414, 421, 423, 428, 443, 452). Mündliche Einlegung ist ausgeschlossen. Auch die Aufnahme eines Rechtsmittels zu Gerichtsprotokoll kennt unser Gesetz nicht. Für das Erfordernis der Schriftlichkeit genügt jede schriftliche Erklärung, z. B. ein Brief oder ein Telegramm. Notwendig ist aber, dass der Schriftsatz die Unterschrift des Ausstellers trägt.[3] Die telegraphische Übermittlung ist gerade bei Rechtsmitteleinlegungen häufig. Die Praxis verlangt, dass die Urschrift des Telegramms die eigenhändige Unterschrift des Erklärenden trage, aber das ist mindestens bei Aufgabe des Telegramms mittels Fernsprecher nicht möglich. In der deutschen Rechtssprechung[4] wird desshalb dieses Erfordernis auch sonst nicht für nötig gehalten. Richtiger hingegen scheint mir die österreichische Auffassung,[5] die sehr zweckmässig fordert, dass das Telegramm binnen 3 Tagen in einem unterschriebenen Schriftsatz bestätigt und ergänzt wird.

---

[1] Siehe Sperl, S 597.

[2] Vgl. Weiss: Die Berufung ans Bundesgericht in Zivilsachen, S. 94.

[3] A. B. des Kass. G. 1922 No. 48.

[4] Kammergericht, deutsche Juristenzeitung 1930, S. 1129.

[5] Österreichische Geschäftsordnung, 1930 § 62.

Geht der Schriftsatz binnen 3 Tagen nach Ablauf der Frist ein, so gilt die Eingabe als am Tage der Telegrammaufgabe eingereicht.

Allgemeines Erfordernis ist weiter, dass das Rechtsmittel beim zuständigen Rechtsmittelgericht eingereicht wird. Wenn das Gesuch aus entschuldbarem Irrtum bei einer nicht zuständigen Behörde eingelegt wird, so ist es von Amtes wegen sofort an die zuständige Behörde zu leiten (Art. 182). Die bedingte Einlegung eines Rechtsmittels ist im Allgemeinen nicht zulässig. In der st. gallischen Rechtssprechung wird sie überhaupt verneint, weil sie einen Zustand der Rechtsunsicherheit mit sich bringen würde. Es wäre in die Hand der Parteien gelegt, die Einlegefrist ins Unermessliche zu erstrecken, indem sie die Einlegung durch ein möglichst fernstehendes, ungewisses Ereignis bedingen könnten.[1] Auch die Bedingung, man lege das Rechtsmittel ein, wenn die Gegenpartei dasselbe tue, ist unzulässig, da sie zu unerquicklichen Konsequenzen führt.[2] Rosenberg[3] aber unterscheidet in seinem Lehrbuch 2 Arten von Bedingungen. Er sagt, dass von einem ausserprozessualen künftigen Ereignis keine Rechtsmitteleinlegung abhängig gemacht werden könne, aus den oben erwähnten Gründen. Hingegen werde keine Unsicherheit in das Verfahren getragen, wenn, innerhalb eines bereits eröffneten Rechtsmittelverfahrens, ein Antrag von innerprozessualen Vorgängen abhängig gemacht werde, so z. B. von der erfolgreichen Vornahme einer von derselben oder der andern Partei unbedingt vollzogenen Parteihandlung. Wichtig ist, dass stets von der Partei oder ihrem Gegner ein anderer Antrag oder ein gleichgerichtetes Vorbringen ohne Bedingung bereits vorliegt oder spätestens gleichzeitig geltend gemacht wird. Das ist für jeden Fall die sichere Grundlage der Entscheidung, falls die bedingte Handlung mangels Eintritts der Bedingung nicht als Entscheidungsgrundlage dienen kann. Man spricht hier von Eventualanträgen. In diesem Sinne kann man z. B. eine Anschlussberufung einlegen, für den Fall, dass das eigene Hauptrechtsmittel unzulässig sein sollte oder umgekehrt. Hier scheint mir eine bedingte oder eventuelle Einlegung eines Rechtsmittels zulässig.

Schliesslich wird für die Einlegung eines Rechtsmittels bei der Instanz immer eine Einschreibegebühr verlangt.[4] Erfolgt

[1] Vgl. Rigoleth, S. 16.
[2] A. B. des K. G. 1908, S. 28.
[3] Rosenberg, S. 189 ff, vgl. auch Stein § 128 V 9
[4] Gebührenordnung 1939, Artikel 26.

sie nicht, so wird der Partei eine Notfrist angesetzt, bei deren Nichteinhaltung die Einschreibung als nicht erfolgt gilt (Art. 135). Erfolgt die Bezahlung der Einschreibegebühr durch das Postcheckamt, so ist die Notfrist dann gewahrt, wenn die Rechtzeitigkeit der Aufgabe nachgewiesen werden kann, und der Einsender auf seinem Postcheckkonto über einen, für die in Frage stehende Zahlung, ausreichenden Betrag verfügen kann.[1] Auf ein besonderes Gesuch hin kann der Präsident des betreffenden Gerichtes die Vorausbezahlung der Einschreibegebühr erlassen (Gebührenordnung Art. 26).

Für die Rechtsmittel bestehen Fristen. Der Grund liegt im Interesse einer raschen Rechtssprechung und der Rechtssicherheit. Frist ist der zur Vornahme gewisser Prozessmassnahmen festgesetzte Zeitraum. In unserer Zivilprozessordnung werden die Fristen allgemein in den Artikeln 126 bis 129 geregelt. Die Fristen sind entweder vom Gesetz vorgeschrieben oder vom Richter angesetzt. Die Rechtsmittelfristen sind gesetzliche Fristen und zwar Notfristen. Sie sind unverkürzbar und sie können nach Ablauf nicht mehr erstreckt werden. Sie werden auch durch die Gerichtsferien nicht berührt (Art. 134 Abs. 3). Die Frist beginnt mit dem Tage der Eröffnung oder der Zustellung des Entscheides an die Parteien zu laufen. Die Mitteilung von der Auflage des Urteils setzt die Rechtsmittelfrist in Gang, gleich wie die Zustellung des vollständigen Erkenntnisses (Art. 188 Abs. 3). Wichtig ist, das der Tag der Eröffnung oder Zustellung bei der Berechnung nicht mitgezählt wird. Die Frist endigt am letzten Tage abends 6 Uhr. Bis dann muss die Handlung vorgenommen sein. Es gelten hier die allgemeinen eidgenössischen Vorschriften, so bei der Monatsberechnung (Art. 125) und bei Sonn- und Feiertagen, sowie bei der Postbenützung (Art. 128 und 129). Wird nun diese Frist versäumt, so bewirkt das gewöhnlich den Rechtsmittelverlust. Gegen Versäumnis kann höchstens auf ausserordentlichem Wege Abhilfe geschaffen werden, so ist unter gewissen Voraussetzungen die Wiedereinsetzung gegeben.[2]

Eine weitere Vorschrift hinsichtlich des Fristenlaufs verlangt das Vorhandensein eines vollständigen Erkenntnisses (Art. 188 Abs. 3). Durch diese Gesetzesbestimmung ist nun die streitige Praxis des Kantonsgerichtes und des Kassationsgerichtes eindeutig entschieden

[1] Vgl. Praxis des K. G. 1935 No. 7.

[2] Siehe unten bei § 11 III. Das Versäumnisverfahren.

worden.[1] Was unter einem vollständigen Erkenntnis verstanden wird, erörtert das Kantonsgericht in seinem Amtsbericht von 1922 S. 16. Notwendig ist das Vorhandensein des Urteils, nicht nur im Dispositiv, sondern auch in den Motiven. Sogar das Vorliegen der Reinschrift betrachtet es als Erfordernis der Vollständigkeit. Sind diese Bedingungen erfüllt, so genügt auch die Mitteilung des Aufliegens auf der Gerichtskanzlei, damit die Rechtsmittelfrist zu laufen beginnt.

II. Kapitel:

Die Berufung im Allgemeinen.

§ 6. Wesen und Charakter der st. gallischen Berufung.

Im st. gallischen Rechtsmittelsystem nimmt die Berufung einen ganz hervorragenden Platz ein. Durch die neue Gesetzgebung nämlich ist das Rechtsmittel der Berufung nicht bloss ans Kantonsgericht, sondern je nach Bedeutung der Streitsache auch an die Rekurskommission und an den Appellationsrichter des Kantonsgerichtes gegeben. Daneben besteht noch die Berufung an den Rekursrichter in Betreibungssachen (Art. 56 Abs. 2, 56 Abs. 3, 57 Abs. 1, 58 Abs. 1). Wir besitzen also 4 Arten von Berufungen.

Wenn wir uns den geschichtlichen Werdegang der Berufung vor Augen halten, konstatieren wir, dass früher bis zum Jahre 1866 sowohl ans Kantonsgericht, wie ans Bezirksgericht appelliert werden konnte. Von dort an wurde nur noch diejenige ans Kantonsgericht zugelassen und heute nun sind gar 4 Berufungsarten zulässig. Die Frage nach den Ursachen dieser widerspruchsvollen Entwicklung drängt sich auf. Die Prozessordnung in geringeren bürgerlichen Streitigkeiten von 1866 beseitigte damals die Berufung ans Bezirksgericht, weil sich die Kosten in geringfügigen Streitigkeiten in einem argen Missverhältnisse zum Werte des Streitgegenstandes zeigten. An deren Stelle trat die Nichtigkeitsbeschwerde. Da diese dem Richter nur die Überprüfung der Rechtsfrage zugesteht, so wird die

[1] Die Amtsberichte des K. G. 1920 S. 4 und des Kass. G. 1922 No. 20 legen fest, dass die Rechtsmitteleinlegung auch bei unvollständigem Urteil unter gewissen Umständen erfolgen muss. Dagegen sprechen aber die Amtsberichte der Rek. K. 1918 und des K. G. 1922 No. 6, die als Voraussetzung ein vollständiges Urteil fordern.

Anfechtung eines Entscheides in wenigen Fällen gewährt. Nur die gröbsten Verstösse gegen das Gesetz und direkte Willkür können mit ihr korrigiert werden. Damit war aber erreicht worden, dass die Kosten sanken und so das Verfahren ein rasches und billiges genannt werden konnte.

Das Gesetz von 1939 bestimmt das Verhältnis von Berufung und Nichtigkeitsbeschwerde neu. Die Berufung wird nicht mehr nur bei Streitsachen von bedeutender Wichtigkeit gewährt, sondern steht auch den Bagatellsachen offen. Die Nichtigkeitsbeschwerde, die lange Zeit den ordentlichen Rechtsbehelf in Bagatellstreitigkeiten bildete, ist zu Gunsten der Berufung verschwunden. Sie ist nur noch drittinstanzlich gegen Entscheide des Kantonsgerichtes zulässig. Der Grund zu dieser tiefgreifenden Änderung liegt im Streben nach einer besseren Verwirklichung des Postulates von der materiellen Wahrheit. Diese Forderung wird uns ja auch durch die Kantonsverfassung vorgeschrieben. Mit der Einführung der Berufung in Bagatellsachen wird dieses Postulat in weitgehendem Masse verwirklicht. Bietet doch die Berufung die Möglichkeit eines neuen Erkenntnisses mit vollständiger Berücksichtigung der Tat- und Rechtsfrage.

Es wird nun eingewendet, dass wir damit ja wieder zu denselben Missständen wie vor 1866 kommen, die Prozesse dauern unverhältnismässig lang, die Kosten sind viel zu hoch und die Gerichte werden mit Arbeit überhäuft. Der Gesetzgeber hat diesen wichtigen Faktor nicht übersehen. Sein zweites Ziel war deshalb die Kosten zu beschneiden und das Berufungsverfahren in Bagatellsachen zu vereinfachen. Er löste diese Aufgabe, indem er einerseits den Einzelrichter im zweitinstanzlichen Verfahren einführte. So schuf er das Institut des Appellationsrichters, während der Rekursrichter schon seit 1911 besteht. Dass dies eine Sparmassnahme bedeutet, die geeignet ist die Prozesskosten stark herabzusetzen, leuchtet ein, denn ein einzelner Richter kann im Verhältnis zum Kollegium umso billiger arbeiten, je grösser das letztere ist. Ferner kann der Einzelrichter auch bedeutend rascher arbeiten. Beherrscht er doch als einziger Beteiligter alle Stadien des Prozesses, und eine zeitraubende Aktenzirkulation fällt dahin.[1] Anderseits aber übertrug der Gesetzgeber auch einer kleinen Kommission, aus 3 Mitgliedern bestehend,

[1] Vgl. die Ausführungen von Engeler, Der Einzelrichter in den schweizerischen Zivilprozessen, S. 8 ff.

die Aufgaben der Berufungsinstanz. Es ist dies die Rekurskommission, die infolge ihrer beschränkten Mitgliederzahl ebenfalls eine Sparmassnahme bedeutet. Zudem ist auch das Verfahren vor dem Einzelrichter und der Rekurskommission zweckentsprechend vereinfacht und verbilligt worden. Die Berufungsinstanz entscheidet nämlich auf Grund der Akten, ohne Vorstand der Parteien.

Durch diese Änderungen in der Gerichtsorganisation, wie auch im Verfahren sind grosse Einsparungen erzielt worden. Dass aber trotzdem noch eine Verteuerung gegenüber der Lösung mit der Nichtigkeitsbeschwerde besteht, darf nicht bestritten werden. Wie sich dies in der Praxis auswirken wird, kann heute noch nicht gesagt werden. Sicher hat aber unsere Regelung vom Gesichtspunkte der materiellen Wahrheit aus ihre klare Berechtigung, denn nur die materielle Rechtssprechung befriedigt den Rechtssuchenden. Gerade in der heutigen Zeit, wo wir unter dem Zwange der uns von aussen aufgenötigten Tatsachen die staatliche Zwangsordnung fortwährend ausdehnen müssen, darf es als höchst erfreulich gewertet werden, dass die Garantien der Verteidigungsrechte des Individuums sogar noch ausgebaut werden.

Die verschiedenen Arten von Berufungen, die wir besitzen, sind in ihren Hauptlinien gleich. Verschiedenheiten finden sich nur hinsichtlich der Voraussetzungen und des Verfahrens. Eine Definition der Berufung gibt unser Gesetz nicht. Ganz allgemein kann gesagt werden, dass die Appellation einem zweitinstanzlichen Gericht ein ergangenes Urteil unterer Instanz zur Neubeurteilung übertragen will. Das bedeutet nicht viel mehr, als dass die Appellation ein Rechtsmittel sei. Zur Bestimmung des Inhaltes, den der Begriff Berufung umfasst, muss man die wesentlichen Merkmale herausschälen.

I. Die Berufung als ordentliches Rechtsmittel.

Zur Anfechtung eines Urteils mit der Berufung müssen keine besonderen Gründe gegeben sein, ausser dass man sich beschwert fühlt. Der Berufungskläger muss aber durch das Dispositiv des angefochtenen Entscheides beschwert sein, nicht bloss durch dessen Motive. Eine Berufung nur gegen Motive ist unzulässig.[1] Die Anfechtbarkeit eines Entscheides mittels der Berufung ist gegenüber den andern Rechtsmitteln stark erleichtert. Zumbühl[2] sieht darin

[1] Vgl. Weiss, S. 80 ff.

[2] Zumbühl vertritt das Postulat von Schmidt S. 14.

das Postulat verwirklicht, dass die Leichtigkeit und Intensität der Anfechtung um so mehr gesteigert werden müsse, je wichtiger die Entscheidung sei, denn im bernischen Zivilprozess ist die Berufung nur bei höheren Beträgen gegeben. In unserem Gesetz hingegen wird die Berufung, wie wir wissen, auch für Bagatellsachen zugelassen. Wir finden hier also einen Widerspruch zwischen unserer Gesetzgebung und dem zivilrechtlichen Postulate. Ich finde aber die st. gallische Auffassung ganz treffend, wenn sie auch den Bagatellprozessen die gleiche Leichtigkeit und Intensität der Anfechtung garantiert, wie grösseren Prozessen.[1] Ist sie doch aus den Erfahrungen langjähriger Gerichtspraxis hervogegangen. Es leuchtet jedem ein, dass der Bürger, der in einer dem Streitwerte nach geringfügigen Sache den Richter anruft, ebenso sehr auf eine möglichst leichte und intensive Anfechtung Anspruch hat, wie jener, der im Prozesse grössere Ansprüche geltend macht. Es könnte hier nun eingewendet werden, dass bei konsequenter Durchführung dieser Ansicht durchaus gleichartige Gerichtsorganisationen für alle Streitwerte verlangt werden müssen. Das st. gallische Recht hingegen verwende für Bagatellsachen Einzelrichter oder kleinere Kommissionen, im Gegensatz zum Kantonsgericht, das für höhere Beträge amte. Dagegen kann gesagt werden, dass vom dogmatischen Standpunkte aus zwar nicht gerade eine durchaus gleichartige Gerichtsorganisation für alle Streitwerte verlangt werden muss, wohl aber, dass diese verschiedenen Organisationen in Bezug auf die Rechtssprechung qualitativ auf der gleichen Höhe stehen. In den meisten Fällen erfüllen nun die Einzelrichter und Kommissionen ihre Aufgabe ebenso gut wie Kollegialgerichte, denn ihre Prozesse sind in der Regel tatbeständlich viel einfacher und durchsichtiger. Zudem hat der Bürger ein Interesse an der Vereinfachung der Gerichtsorganisation, da die Kosten viel geringer werden. Würden auch Bagatellprozesse durch teure Kollegien beurteilt, so wäre nur der Reiche und der ganz Arme imstande diese Prozesse zu führen. Der Erste, weil er den Rechtsstreit nicht so sehr als Interessenfrage zu betrachten braucht, der Letzte, weil er die Möglichkeit hat, im Armenrecht zu prozessieren und dann vorerst keine Kosten aufwenden muss (Art. 160 - 163).

[1] Mit dieser Auffassung kann man der von Ihering vertretenen Meinung, dass ein Prozess nicht eine blosse Interessenfrage, sondern eine Charakterfrage bedeute, eher gerecht werden. (Kampf ums Recht, S. 24 ff.)

II. Die Berufung als universelles und ausschliessliches Rechtsmittel.

Die Berufung dient der Geltendmachung sämtlicher Mängel des untergerichtlichen Verfahrens und Erkenntnisses (Art. 414 Abs. 3). Sie kann ihre Wirksamkeit äussern hinsichtlich:

a) der Tatbestandsfrage. Eine faktisch ungerechtfertigte, den tatsächlichen Verhältnissen nicht entsprechende Beurteilung der Sache durch die erste Instanz, kann jederzeit damit angefochten werden;

b) der Rechtsanwendung. Mit der Berufung können auch errores in iure, die rechtsirrtümlichen Urteile korrigiert werden;

c) des Verfahrens. Verletzungen der Prozessvorschriften, die den Fortgang des Verfahrens wesentlich beeinflussen, können im Wege der Berufung beanstandet werden.

Die Berufung geht also auf vollständige Nachprüfung des erstinstanzlichen Urteiles nach seiner rechtlichen, tatsächlichen und verfahrensmässigen Seite hin. Die Berufung ist auch ausschliesslicher Natur. Solange sie ergriffen werden kann, ist jedes andere Rechtsmittel ausgeschlossen.

III. Die Berufung als Fortsetzung der ersten Instanz.

Nach st. gallischem Zivilprozessrecht bedeutet die Berufung nicht nur eine Überprüfung des erstinstanzlichen Urteils, sondern gewährt eine Erneuerung des Rechtsstreites vor dem Berufungsgericht (Art. 414 Abs. 6). Der Zweck besteht nicht in der Kritik des erstinstanzlichen Urteils, er liegt vielmehr in der Bildung eines neuen Erkenntnisses, wobei die gleichen Mittel in der Regel die Grundlage bilden. Man spricht in diesem Falle von voller Berufung.[1] Das erstinstanzliche Verfahren wird aber durch die Berufung nicht aus der Welt geschafft. Vielmehr bildet es die Grundlage der obergerichtlichen Verhandlung. Das Urteil der ersten Instanz ist sogar seine conditio sine qua non. Wir finden darum gewisse Nachteile, die in erster Instanz erwachsen sind, in der Berufungsinstanz fortwirken. So kann z. B. eine eideserhärtete Tatsache nicht mehr angefochten werden. Der Entscheid der Berufungsinstanz fusst nicht

[1] Vgl. Walsmann S. 7 und 236. Im Gegensatz zur vollen Berufung steht die beschränkte Berufung, wie sie im österreichischen Prozesse in Übung war. Dort ist die Berufung nur eine Nachprüfung, eine Kontrolle. Jede Vermehrung des Urteilsstoffes ist verboten.

einseitig auf dem untergerichtlichen Prozessmaterial, sondern wir kennen eben noch die Möglichkeit der Vorbringung von Noven. Damit erhält das Berufungsurteil die Bedeutung eines vollständig neuen Urteils, da neben dem erstinstanzlichen Prozesstoff ein vollständigerer Tatbestand vorliegt. Damit aber die Verhandlung in der ersten Instanz nicht von den Parteien missachtet und der Schwerpunkt des Prozesses in die zweite Instanz verschoben werde, hat Artikel 418 Abs. 2 die Parteien gezwungen, den Streitstoff möglichst vollständig dem unteren Gericht schon vorzulegen. Durch diese Bestimmung werden nämlich die Kosten, die durch neue Begehren veranlasst werden, ohne Rücksicht auf den Ausgang des Prozesses, der betreffenden Partei überbunden, wenn sie nicht dartun kann, dass sie jene ohne Verschulden nicht früher habe geltend machen können.

§ 7. Die Wirkungen der Berufung.

I. Der Suspensiveffekt.

Unser Zivilprozess bestimmt in Artikel 192 Abs. 1, dass Erkenntnisse gegen die ein Rechtsmittel mit aufschiebender Wirkung nicht gegeben ist, mit ihrem Erlasse in Rechtskraft treten. In Absatz 2 nennt er dann unter den Rechtsmitteln mit Suspensiveffekt die Berufung an erster Stelle. Aber nicht nur aus dem Gesetz ergibt sich für die Berufung das Erfordernis des Suspensiveffektes, sondern auch aus ihrem Wesen. Unter Suspension verstehen wir die Verhinderung des Eintrittes der formellen Rechtskraft. Dadurch, dass die formelle Rechtskraft eines Urteiles nicht eintritt, kann es auch nicht vollstreckt werden. Der Vorteil einer Hemmnis der Vollstreckung liegt auf der Hand, denn sonst müssten die Exekutionshandlungen bei erfolgreicher Berufung jeweils wieder rückgängig gemacht werden. Das wäre wohl meistens nicht mehr möglich oder würde zum mindesten eine unnötige Komplizierung des Rechtsmittelverfahrens bedeuten. Das Gesetz kennt eine Reihe von Vorbehalten, bei denen, trotzdem eine Berufung gegeben ist, der Vollzug vorläufig doch eintritt.[1]

[1] So hemmt im Befehlsverfahren die Berufung nach Artikel 395 den Vollzug nur, wenn die obere Instanz es verfügt. Es wird zulässig sein, eine solche Verfügung an die Leistung einer Kaution zu knüpfen. Im Besitzesschutzverfahren kann der Richter, der die Besitzesschutzverfügung erlassen hat, den Vollzug sistieren, wenn über die Rechtsfrage der ordentliche Richter angerufen worden ist (Art. 396 Abs. 3). In Grundbuchsachen kann der Richter nach Artikel 411 die weiterziehbaren Verfügungen vorläufig vollziehbar erklären. Dann mangelt der Suspensiveffekt auch in den Berufungen des Sch. K. G.

Wenn wir nun den Zeitraum untersuchen, an dem der Suspensiveffekt eintritt, so müssen wir unterscheiden:

Bei appellablen Urteilen tritt die Suspension mit der Urteilseröffnung ein und zwar für 14 Tage, ohne dass eine Berufung dazu nötig wäre (Art. 192 Abs. 2). Mit Ablauf der Notfrist tritt die Rechtskraft ein, wenn die Rechtsmittelfrist unbenützt gelassen wird. Hingegen bewirkt hier die Einlegung der Berufung ein Andauern der Suspension über die gegebene Frist hinaus. Ist die Berufung begründet, dann tritt die Rechtskraft für das erstinstanzliche Urteil überhaupt nie ein, erst das Berufungsurteil kann ihrer teilhaftig werden. Erweist sie sich aber als unbegründet, so ist die Rechtskraft bei deren Zurückweisung erwachsen.

Bei nichtappellablen Urteilen entsteht der Suspensiveffekt durch irrtümlich eingelegte Berufung. Die Wirkung dauert solange, bis die Berufung von der oberen Instanz als unzulässig verworfen wird. Wie für die Hemmung der Rechtskraft die Einlegung einer unzulässigen Berufung genügt, so bewirkt auch eine verspätete Berufung die Suspension, bis die Verspätung festgestellt ist. Die Rechtskraft des Entscheides bezieht sich zurück auf den Zeitpunkt der Ausfällung (Art. 192).

Weiter ist noch die Frage zu prüfen, ob die Suspensivwirkung einer eingelegten Berufung für das ganze Urteil oder nur im Umfang der Abänderungsanträge eintrete. Das bernische Recht kennt die Suspensivwirkung nur im Umfang der Berufungserklärung (Art. 339 bern. Z. P. O.). Es folgert daraus, dass die einzelnen Dispositive eines Urteils zu verschiedener Zeit formell rechtskräftig werden können.[1] Eine andere Frage ist dann, ob die früher rechtskräftig gewordenen Teile selbständig vollstreckbar sind oder erst wenn die Rechtskraft des ganzen Urteiles vorhanden ist.[2]

Das st. gallische Zivilprozessrecht regelt diese Frage in dem Artikel 414 Abs. 2. Dort wird verlangt, dass diejenigen Punkte, gegen die sich eine Berufung richtet, spezifiziert werden sollen. Artikel 414 Abs. 2 ist aber nur Ordnungsvorschrift und ihre Nichtbefolgung trägt eventuell Busse ein, aber niemals den Verlust des Rechtsmittels. Rigoleth[3] folgert daraus, dass aus dieser Vorschrift

[1] Siehe Matti, S. 1119.

[2] Leuch (Kommentar zum bern. Zivilprozess) nimmt eine selbständige getrennte Vollstreckung an (Art. 334 Anm. 1).
Matti lässt diese Frage in seinem Lehrbuch offen.

[3] Rigoleth, S. 31.

nicht eine geteilte Rechtskraft der Dispositive abgeleitet werden könne, denn es ergebe sich eine Ungerechtigkeit hinsichtlich der Vollstreckung, da derjenige, der die Vorschrift befolgt, die Unannehmlichkeit einer komplizierten und getrennten Vollstreckung erdulden müsse. Die Ungerechtigkeit besteht aber nur für die Vollstreckung, wie Rigoleth ja selber sagt, damit ist aber noch nicht die Ungerechtigkeit hinsichtlich der getrennten Rechtskraft gegeben. Es darf also nach unserem Gesetze die Möglichkeit der getrennten Rechtskraft von nicht angefochtenen Urteilsdispositiven angenommen werden. Eine getrennte Vollstreckung verneinen wir aber aus den schon oben erwähnten Gründen. Überdies spricht Artikel 455 nur von der Vollstreckung eines richterlichen Erkenntnisses und meint damit das Urteilsganze.[1]

Ebenso wie die Urteile, können auch die Vorentscheide[2] und Beweisschlüsse formell rechtskräftig werden und die Suspension hat bei ihnen die gleiche Wirkung.

II. Der Devolutiveffekt.

Der Devolutiveffekt besteht darin, dass eine Streitsache vom erstinstanzlichen Richter an das instanzmässig höhere Gericht „übergewälzt" wird und ist die Folge der eingelegten Berufung. Es wird damit die Rechtshängigkeit bei der zweiten Instanz und dessen Kognitionsrecht begründet. Die Devolutivwirkung beginnt mit der Einlegung der Berufung beim iudex ad quem. Die Dauer des Devolutiveffektes geht solange als sich das Gericht mit der Streitsache beschäftigt. Sobald die Berufung wegen Unzulässigkeit abgewiesen wird, so hört auch der Devolutiveffekt auf (Provisorischer Devolutiveffekt). Ist hingegen die Berufung zulässig, so dauert der Devolutiveffekt an, bis ein neues Urteil die Sache materiell entschieden hat (Definitiver Devolutiveffekt).

---

[1] Die st. gallische Praxis hat zwar aus der Möglichkeit einer Berufung über Teilpunkte ohne weiteres gefolgert, dass eine getrennte Vollstreckung angenommen werden kann (A. B. des Rekursrichters 1919 No. 22).

[2] Aus Artikel 414 Abs. 4 (wie die Hauptrechtsfrage dürfen auch alle vor der ersten Instanz gestellten Vorfragen und Gesuche wieder geltend gemacht werden) darf nicht abgeleitet werden, dass gegen Vorentscheide, bei Berufung wegen der Hauptsache, nochmals eine Appellation möglich sei. Dies gilt nur für Vorfragen, die nicht gesondert, sondern in Verbindung mit der Hauptsache behandelt wurden. Ein Vorentscheid wird wie ein Urteil formell rechtskräftig nach Ablauf der Rechtsmittelfrist. Vgl. Rigoleth S. 32.

Der Umfang des Devolutiveffektes hält sich im Rahmen der Berufungsanträge. Der Berufungskläger kann wohl den ganzen Rechtsstreit an die Berufungsinstanz übertragen, er kann über sämtliche, in der ersten Instanz bestrittenen Punkte verhandeln, wenn er sich überall beschwert fühlt. Gewöhnlich aber will er nur gewisse Streitpunkte anfechten. Artikel 414 Abs. 2 erlässt die Ordnungsvorschrift, worin die Aufzählung der Streitpunkte bei Einlegung der Berufung verlangt wird. Damit will man einen allgemeinen Berufungsantrag beseitigen, um eine allzu kostspielige Prozessführung zu vermeiden. Das Gericht ist nach dem Dispositionsprinzip an die Berufungsanträge gebunden (Art. 180). Insbesonders darf dem Berufungssteller, wenn er Kläger ist, nicht weniger zugesprochen werden, als ihm nach dem erstinstanzlichen Urteil zuerkannt wurde. Ist der Beklagte Appellant, so darf er nicht zu mehr als im erstinstanzlichen Urteil verurteilt werden. Man nennt dies das Verbot der reformatio in peius.

Der Umfang der Devolution wird aber nicht nur durch die Berufungserklärung des Appellanten allein bestimmt, sondern die Anschlussappellation kann ihren Einfluss in dieser Hinsicht ausüben. Die Anschliessungsanträge können über die Berufungsanträge hinaus gehen.[1] So kann durch Anschlussberufung der Devolutivumfang eventuell vergrössert werden.

§ 8. Die Anschlussberufung.

I. Wesen und Voraussetzung.

Gegen ein erstinstanzliches Urteil können beide beschwerten Parteien selbständig Berufung einlegen. Der Berufungsbeklagte kann aber davon absehen und sich auf die Antwort beschränken, indem er defensive Anträge stellt. Artikel 416 nennt noch eine dritte Möglichkeit, die Anschlussberufung. Der Grund zur Einführung dieses Institutes liegt im Verbot der reformatio in peius bei einer eingelegten Berufung. Um dieses Verbot aufzuheben, besteht für den Berufungsbeklagten die Möglichkeit, entweder auch Berufung einzulegen oder die Anschlussberufung zu ergreifen. Die Anschlussberufung wird definiert als der in einem bereits eröffneten und noch nicht beendeten Berufungsverfahren vom Berufungsbeklagten

[1] Siehe unten § 8 II.

gestellte Antrag, das angefochtene Urteil auch zu seinen Gunsten abzuändern.[1]

Das Institut der Anschlussberufung beruht auf der Erwägung, dass die Partei, die sich bei gewissen ihr ungünstigen Punkten eines Urteils beruhigt, dies gewöhnlich in der Voraussetzung tut, auch der Gegner werde sich mit dem ihn beschwerenden Teil des Urteils abfinden. Erweist sich diese Voraussetzung in der Folge als unzutreffend, d. h. wird die Berufung wider Erwarten doch ergriffen, so soll ihr die Möglichkeit offen stehen, das Urteil auch ihrerseits vor dem höheren Richter anzufechten. Einem erneuten Angriff gegenüber, der von der Gegenpartei durch Einlegung der Berufung auf die sich mit dem erstinstanzlichen Urteil beruhigenden Partei unternommen wird, kann nun aber nicht nur in blosser Abwehrstellung entgegen getreten werden, vielmehr wird dem Appellaten in dem frisch entbrannten Streite die Möglichkeit eingeräumt, selber zum Gegenangriff zu schreiten. Die Anschlussberufung erweist sich als ein wirksames Mittel zur Einschränkung leichtfertiger Berufungen, indem eine Partei es sich zweimal überlegen wird bevor sie Berufung ergreift, wenn sie mit der Möglichkeit der Anschlussberufung durch die andere Partei und der Änderung des Urteils zu ihrem Nachteil rechnen muss.

Die Zulässigkeit der Anschlussberufung setzt voraus, dass eine Hauptberufung vorliegt. Für das Entstehen der Adhäsion kommt es nicht darauf an, ob die Berufung den prozessualen Erfordernissen entspricht. Um aber wirksam zu werden ist es nötig, dass die Berufung weiterdauert. Wird sie als unzulässig abgewiesen oder zurückgezogen, so fällt die Anschlussberufung dahin. Unser Gesetz erwähnt den letzten Fall (Art. 416 Abs. 4). Daraus kann klar ersehen werden, dass die Anschlussberufung akzessorisch, unselbständig ist und mit der Hauptberufung steht und fällt.

Zufolge der für den Anschlussberufungskläger ein Risiko darstellenden Akzessorietät bleibt der praktische Wert der Adhäsion natürlich hinter dem der Berufung zurück. Der Zweck ist mehr prozesstaktischer Natur und der Anschluss wirkt wie ein Druckmittel, das den Appellanten bewegen soll die Berufung zurückzuziehen. Es frägt sich nun, ob das Erfordernis des rechtlichen Interesses (Beschwernis) auch für den Anschlussappellanten gegeben

[1] Siehe Rosenberg, S. 476.

sein müsse. Ich möchte diese Frage bejahen.[1] Wenn nämlich eine Partei alles zugesprochen erhält, was sie verlangt, kann sie kein rechtliches Interresse an einer reformatio in peius des gegnerischen Begehrens mehr haben. Das wäre dann Schikane.[2] Allerdings kann eine Anschliessung lediglich wegen der Kostenentscheidung allein erklärt werden, obwohl das bei der Berufung nicht als genügende Beschwer anerkannt wird. Der Grund liegt aber darin, dass ja ohnehin infolge der Berufung gegen das Urteil der Kostenentscheid Gegenstand der Überprüfung geworden ist.

II. Inhalt.

Der Anschlussberufungsantrag läuft seinem Inhalte nach, auf eine Beseitigung des Verbotes der reformatio in peius hinaus. In manchen Zivilprozessordnungen dient die Anschlussberufung auch nur dem Zwecke der Klageänderung und Erweiterung. So könnte nach bernischem Recht gestützt auf Artikel 94 mit der Adhäsion dies verlangt werden, ohne dass eine Beschwer vorhanden wäre.[3] Unsere Zivilprozessordnung kennt eine Klageänderung ohne Zustimmung der Gegenpartei nur mit Zulassung des Richters; dabei darf die rechtliche Stellung der Gegenpartei nicht beeinträchtigt, die sachliche Zuständigkeit nicht beeinflusst und das Prozessverfahren nicht erschwert werden (Art. 175). Es kommt daher im st. gallischen Recht eine Anschlussberufung zum ausschliesslichen Zweck der Klageänderung nicht in Frage.

Das Gesetz von 1900 kannte noch die beschränkte Anschlussberufung. Der Appellat durfte selbständige Anträge nur in Bezug auf die vom Appellanten in der Appellationserklärung namhaft gemachten Streitpunkte stellen (Art. 308 Z. P. O. von 1900). Auf den Nachteil dieser Regelung hat Rigoleth hingewiesen.[4] Heute stehen

---

[1] Rosenberg verneint diese Frage, da die Anschliessung auch zum Zwecke einer reinen Klageänderung und Erweiterung gegeben ist. Ebenso wird im deutschen Recht für die Adhäsion keine Berufungssumme verlangt (S. 477). Unsere Zivilprozessordnung kennt solche Ausnahmen nicht.

Auch Leuch (Art. 333 al. 4) gestattet eine Anschliessung nur zum ausschliesslichen Zweck der Klageänderung. Unsere Regelung siehe unter II des §.

[2] Vgl. Rigoleth, S. 36 Anm.

[3] Leuch, Artikel 333 al. 4 begründet das damit, dass der Streit, wenn auch ohne diesen Anspruch, ohnehin auf Grund der klägerischen Appellation vor die obere Instanz getragen ist.

[4] Rigoleth, S. 38, sagt, dass in diesem Falle, wo gewisse Streitpunkte ganz zugunsten der einen, andere wieder zugunsten der andern Partei entschieden worden sind, eine Anschlussberufung illusorisch würde und es könnte eine Beurteilung auf die Gesamtheit der Streitpunkte nur auf dem Wege beidseitiger Hauptappellation ausgedehnt werden.

fast alle Zivilprozessordnungen auf dem Boden der selbständigen Anschlussberufung. Die Anschliessungsanträge können sich nicht nur auf die Streitpunkte beziehen, die bereits vom Berufungskläger angefochten wurden, sondern das Recht des Anschlusses wird auf das ganze Urteil ausgedehnt. Es braucht also keine Konnexität mit der Hauptberufung. Die grossrätliche Kommission hat dann auch bei der Beratung des Entwurfes unseres neuen Gesetzes, wider dessen Wortlaut beschlossen, in Anlehnung an das zürcherische Rechtspflegegesetz § 333 und die Regelung im Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege, Artikel 70 eine selbständige Anschlussberufung zuzulassen. Artikel 416 lautet dementsprechend: „Der Berufungsbeklagte kann in Bezug auf alle oder einzelne Streitpunkte Anträge stellen, wie wenn er die Berufung selbst ergriffen hätte."

III. Formalien.

Berechtigt zum Anschluss ist nach dem Wortlaut des Gesetzes der Berufungsbeklagte. Bezüglich der Legimitation anderer Personen gilt das in § 2 II Gesagte.

Über den Ort der Einreichung ist im Gesetz nichts gesagt. Mit der Appellationserklärung ist aber der Streit an die obere Instanz übergewälzt (Devolutiveffekt), so dass die Anschlussberufung als eine Wirkung der Berufung eben auch beim iudex ad quem zu erklären ist.

Die Frist zur Einreichung der Anschlussberufung beträgt 10 Tage nach Mitteilung der Berufung, und zwar muss die Erklärung schriftlich geschehen (Art. 416). Die Frist ist analog der Berufungsfrist peremptorisch. Der Berufungskläger kann innert 10 Tagen nach Zustellung der Anschlussberufung eine Gegeneingabe einreichen. Weitere Prozesseingaben sind aber nicht mehr zulässig (Art. 416 Abs. 2 und 3). Es gibt keinen Anschluss an die Anschlussappellation.

Die Eventualanschlussberufung ist nach st. gallischer Praxis nicht gestattet, so z. B. dass man die Verwerfung der Berufung als unzulässig beantragt, für den Fall aber, dass das nicht geschehen sollte, sich anschliesst.[1]

Die Fragen des Verzichtes oder der Zurücknahme der Anschlussberufung beantworten sich analog der allgemeinen Untersuchung in § 2 III.

[1] Vgl. § 5 IV.

III. Kapitel:

Die Berufung an das Kantonsgericht.

§ 9. Die besonderen Voraussetzungen.

Im § 5 haben wir die Rechtsmittelvoraussetzungen erörtert, die gegeben sein müssen, damit ein Rechtsmittel ganz allgemein zulässig ist. Es handelt sich nunmehr darum zu untersuchen, welche besonderen Voraussetzungen dazu noch notwendig sind für die Berufung an das Kantonsgericht. Gleich am Anfang stellt sich die Frage nach dem Gegenstand der Berufung.

I. Gegenstand der Berufung.

Wir wissen, dass für jedes Rechtsmittel ein ihm unterliegender Entscheid erforderlich ist. Artikel 413 bestimmt genau die Art dieses Entscheides, die notwendig ist um der Berufung ans Kantonsgericht fähig zu sein. Es sind dies folgende Erkenntnisse:

1. Urteile: Was ein Urteil ist, bestimmt Artikel 184 Abs. 2. Urteile sind Erkenntnisse, durch die ein Klageanspruch materiell entschieden oder zurzeit abgewiesen wird. Es handelt sich hier also um Endurteile, d. h. um solche Urteile, die über den ganzen Streitgegenstand oder einen Teil desselben entscheiden und insoweit den Streitstoff für diese Instanz endgültig erledigen.[1] Weiter sind es auch Sachurteile, da nämlich über einen Klageanspruch materiellrechtlich entschieden wird und zwar so, dass in der Regel entweder auf Abweisung der Klage oder auf Erteilung des vom Kläger begehrten Rechtsschutzes erkannt wird. Artikel 184 Abs. 2 spricht noch von einer Abweisung zur Zeit. Aus seinem Wortlaut geht aber nicht hervor, ob von einer Abweisung zur Zeit nur dann gesprochen werden kann, wenn sie aus materiellrechtlichen Gründen erfolgt oder auch dann, wenn sie sich auf Rechtssätze des Prozessrechtes stützt. Die Doktrin des Zivilprozesses steht nun auf dem Standpunkt, dass auch eine aus prozessualen Gründen erfolgende Abweisung der Klage als Abweisung zur Zeit zu qualifizieren und somit dieses Erkenntnis als Urteil zu gelten habe.[2]

[1] Vgl. Rosenberg, S. 162 II.

[2] Siehe Protokoll des K. G. vom 24. Februar 1941 und vgl. in der Literatur Rosenberg S. 152, Ziff. 1 und Hellwig § 24 I 3.

Unter den Urteilen finden sich aber auch Ausnahmen, gegen die eine Berufung nicht zulässig ist. So sind Schiedsurteile mit diesem Rechtsmittel unanfechtbar (Siehe oben § 2 I). Gegen Versäumnisurteile hat die st. gallische Praxis — da sich das Gesetz von 1900 nicht darüber aussprach — die Appellation nur gewährt, wenn einer behauptet, dass die Voraussetzungen zur Kontumazierung nicht vorlägen.[1] Sonst aber steht das Rechtsmittel der Reinigung gegen Kontumazurteile zur Verfügung. Das neue Gesetz hat nun versucht diese Lücke auszufüllen, indem es gegen Vorentscheide über Vorfragen betreffend die Zulässigkeit des Versäumnisverfahrens, die Appellation gewährt (Art. 413 Abs. 4), weil diesem Vorentscheid die Bedeutung eines Urteils zukommen kann. Eine Appellation gegen den erstinstanzlichen Kostenspruch ist nur dann zulässig, wenn die Hauptsache appellabel ist. Die Appellation richtet sich gegen das ganze Urteil, dessen Teil der Kostenanspruch ist.[2]

2. Vorentscheide: Eine Definition des Vorentscheides finden wir in Artikel 184 Abs. 3. Nach dieser sind Vorentscheide: Erkenntnisse, durch die eine gesondert behandelte Vorfrage entschieden wird. Der Vorentscheid befasst sich mit den für den Endentscheid präjudiziellen Vorfragen und dient der Prozessökonomie. Die Berufung ans Kantonsgericht wird nun aber nicht gegen alle Vorentscheide gewährt, sondern nur gegen diejenigen, die das Gesetz erwähnt. So gestattet Artikel 413 Abs. 2 die Berufung gegen Vorentscheide, die über prozesshindernde Einreden ergehen. Als solche gelten nach Artikel 281:

a) die Einrede der Unzuständigkeit des Gerichtes,
b) die Einrede der Unzulässigkeit des Rechtsweges,
c) die Einrede, dass die Entscheidung des Rechtsstreites durch die Schiedsrichter zu erfolgen habe,
d) die Einrede der Rechtshängigkeit,
e) die Einrede der mangelnden Sicherheit für Prozesskosten,
f) die Einrede der mangelnden Parteifähigkeit, Prozessfähigkeit oder gesetzlichen Vertretung.

Diese Vorfragen sind in der Regel mit der Hauptsache zu verbinden, im Gegensatz zur früheren Regelung (Art. 197 Z. P. O. von 1900). Damit wollte man dem Unfug, welcher vielfach mit der Stellung der Vorfragen getrieben wurde, entgegentreten. Im Einver-

[1] A. B. des K. G. 1903 S. 10 und aus neuerer Zeit A. B. des K. G. 1937 No. 7.
[2] Protokoll des K. G. 14. November 1922.

ständnis mit der Gegenpartei oder mit Einwilligung der Gerichtsleitung können sie gesondert behandelt werden. Nur für diese gesondert behandelten Vorfragen gibt es einen Vorentscheid. Dieser ist, wie wir wissen, selbständig appellabel. Wenn die Notfrist abgelaufen ist, ohne dass eine Berufung gegen den Vorentscheid eingelegt wurde, dann erwächst der Vorentscheid in Rechtskraft, und eine eventuelle spätere Anfechtung dieses Erkenntnisses im Zusammenhang mit dem Endurteil ist nicht mehr gegeben. Artikel 414 Abs. 4, der bestimmt, dass mit der Hauptrechtsfrage alle vor erster Instanz gestellten Vorfragen wieder geltend gemacht werden dürfen, gilt nur für Vorfragen, die bei der erstinstanzlichen Verhandlung schon mit der Hauptsache verbunden waren.

Bei diesen prozesshindernden Einreden stellt sich nun die Frage, ob die Appellation nur gegen Entscheide über diese aufgezählten Einreden gegeben sei oder ob dieser Katalog vielleicht nicht limitativ gemeint sei. Das Kantonsgericht ist gerade in neuester Zeit auf dieses Problem gestossen[1] und kommt zur Ansicht, dass diese Aufzählung nicht abschliessend gedacht sei, sondern dass auch Entscheide über andere Vorfragen, durch die das Eintreten auf die Sache abgelehnt wird, appellabel sind. Es kommt zu diesem Schlusse durch Herbeiziehung von Artikel 426 Abs. 2. Dort wird nämlich die Nichtigkeitsbeschwerde gegen Vorentscheide gewährt, die ganz allgemein das Eintreten auf die Sache ablehnen. Es kann nun nicht Wille des Gesetzgebers sein, gegen Entscheide, wenn Sie vom Kantonsgericht gefällt werden, die Nichtigkeitsbeschwerde zu gewähren, und anderseits gegen die gleichen Entscheide, wenn sie vom Bezirksgericht erlassen werden, die Appellation zu versagen. Dies würde im Widerspruch mit der ganzen Tendenz stehen, die die neue Zivilprozessordnung verfolgt. Hat sie doch zur Erleichterung der Rechtsverfolgung die Rechtsmittel wesentlich ausgebaut.

Die Berufung gegen Vorentscheide darf auch eingereicht werden, wenn diese über Vorfragen ergehen betreffend der Zulässigkeit des Versäumnisverfahrens oder der Rechtsmittel der Wiederherstellung, der Reinigung oder der Erläuterung (Art. 413 Abs. 4). Die Vorentscheide ergehen immer über prozessrechtliche Fragen. Ihre Bedeutung liegt in zwei Dingen: entweder muss bei Schutz der Prozesseinrede oder bei Verneinung der Zulässigkeit des Versäumnisverfahrens und der aufgezählten Rechtsmittel auf die Sache gar nicht

[1] Protokoll des K. G. vom 24. Februar 1941.

mehr eingetreten werden, oder die Vorentscheide dienen bei gegenteiliger Entscheidung der Vorbereitung und Entlastung der Endurteile und zwar wirkt sich diese Entlastung auch für die höheren Instanzen fort, da sie an einen rechtskräftigen Entscheid gebunden sind.

Wird mit dem Vorfragenentscheid ein Abweisungsbeschluss verbunden, so handelt es sich um ein Urteil, wodurch eine Klage aus prozessualen Gründen zur Zeit abgewiesen wird. Bei der Beurteilung, ob ein Erkenntnis ein Urteil oder ein Vorentscheid sei, ist nicht dessen Bezeichnung durch das Gericht, welches ihn erlassen hat, massgebend, sondern es kommt darauf an, wie er nach seinem Inhalt und der darin getroffenen Entscheidung zu beurteilen ist.[1]

3. Beweisbeschlüsse: Bei diesen muss es sich um solche handeln, durch die einer Partei der Erfüllungs- oder Entlastungseid oder das Handgelübde überbunden werden (Art. 413 Abs. 3). Voraussetzung ist natürlich, dass die Hauptsache appellabel war. Es können aber nur solche Eidesbeweiserkenntnisse weitergezogen werden, die den Eid überbinden, nicht aber solche, die ihn absprechen. Der Grund liegt darin, dass im Falle des Zuspruchs eines Eidesbeweises die Streitsache mit der Leistung des Eides für gewöhnlich so gut wie entschieden ist. Dagegen ist, wenn der Eidesbeweis abgewiesen wird, immer noch eine Appellation in der Hauptsache mit Erfolg möglich.

II. Erkenntnisse des Bezirksgerichtes.

Für die Zulässigkeit der Berufung an das Kantonsgericht wird ferner verlangt, dass die Urteile, Vorentscheide und Beweisbeschlüsse durch das Bezirksgericht gefällt werden (Art. 413). Dessen Kompetenz umschreibt Artikel 55. So ist das Bezirksgericht zuständig in allen Zivilstreitigkeiten, die den Wert von Fr. 500.— übersteigen. Es entscheidet über Streitigkeiten, deren Streitwert nicht geschätzt werden kann und die keiner andern Gerichtsbehörde zur Beurteilung vorbehalten sind. Ferner über Klagen aus übler Nachrede oder Verleumdung und die aus dieser abgeleiteten Zivilansprüche ohne Rücksicht auf ihren Streitwert, sofern sie der Kläger mit der Ehrverletzungsklage verbindet. Weiter über alle Anfechtungsklagen nach Artikel 230 O. R., über alle Nachlassachen, ausgenommen die Fälle nach Artikel 63 Zif. 7, über abschliessend aufgezählte Verwaltungsstreitigkeiten und schliesslich erkennt es auch in allen übrigen

[1] Vgl. A. B. des K. G. 1931 No. 44 und Weiss, S. 35 Abschn. 6.

Zivil- und Verwaltungsstreitigkeiten und über Begehren der nichtstreitigen Gerichtsbarkeit, wenn die Entscheidung nicht einer anderen Behörde übertragen wird.

Die Berufung an das Kantonsgericht wird also nur in Fällen von gewisser Wichtigkeit und Kompliziertheit gestattet. Bei den schätzbaren Zivilstreitigkeiten muss die Streitsumme über Fr. 500.— betragen. Eine obere Grenze besteht nicht. Diese Berufungssumme bestimmt sich nach dem Streitgegenstand des Prozesses, soweit er vor der ersten Instanz noch streitig war, nicht nach dem Wert des Beschwerdegegenstandes,[1] d. h. dem Betrage mit dem der Appellant unterlegen ist oder auf den er sonst die Berufung beschränkt. Es kommt nicht auf das Rechtsmittelinteresse an, sondern auf das Streitinteresse und dieses bestimmt sich nicht einseitig nach den Interessen des Klägers, sondern nach den Interessen beider Parteien. Es geht dies aus Artikel 81 Abs. 2 hervor. Dort wird die Weiterziehbarkeit eines Erkenntnisses vom Werte abhängig gemacht, der beim Erlasse eines Entscheides noch im Streite lag. Der Zeitpunkt an dem die Berufungssumme erreicht sein muss, ist also die Zeit beim Erlasse des Urteils, d. h. gerade nach den Hauptverhandlungen. Die Berufungssumme muss deshalb auch nach den Zugeständnissen und Abzügen der Parteien noch gegeben sein. Eine nachherige Verminderung hat auf die Appellabilität keinen Einfluss, wenn die sachliche Zuständigkeit des angerufenen Gerichtes einmal begründet ist.

Wie nun diese Appellationssumme berechnet wird, das normieren die Artikel 73 bis 80. Der Streitwert bestimmt sich nach den Klagebegehren. Geht die Klage unmittelbar auf einen bestimmten Geldwert, so gilt derjenige Betrag als streitig, den der Kläger fordert, unter Abzug des vom Beklagten beim Vermittlungsvorstand oder, wenn ein solcher nicht stattgefunden hat, vor Anhebung der Klage, anerkannten Betrages. Geht die Klage auf eine Sache oder auf eine Naturalleistung, so bestimmt sich der Streitwert nach deren Wert. Bei Grunddienstbarkeiten wird der Streitwert durch den Wert, den die Dienstbarkeit für das herrschende Grundstück hat, und, wenn der Betrag, um den sich der Wert des dienenden Grundstückes durch die Dienstbarkeit mindert, grösser ist, durch diesen bestimmt. Bei Nutzniessung und bei Leistungen, die auf ungewisse oder beschränkte Dauer wiederkehren, gilt, wenn die Leistungs-

[1] Diese Regelung wird im deutschen Zivilprozess vertreten § 511. Siehe Rosenberg S. 473.

pflicht überhaupt und nicht bloss einzelne Leistungen im Streite liegen, ihr Kapitalwert als Streitwert. Handelt es sich um ein Pfandrecht, so bestimmt sich der Streitwert nach dem Werte der Forderung und, wenn der Wert des Pfandes geringer ist, nach diesem. Bei Streitigkeiten um Kollokationen, Arrestaufhebung oder neues Vermögen beruht der Streitwert auf der Höhe des Anspruches. Ist nur die Einreihung in eine bestimmte Kollokationsklasse streitig, so gilt als Streitwert der Betrag, dessen Einreihung streitig ist. Bei Streitgenossenschaft und bei objektiver Klagehäufung werden die geltend gemachten Ansprüche zusammengerechnet, sofern sie sich nicht gegenseitig ausschliessen. Der Wert der Widerklage wird mit der Hauptklage nicht zusammengerechnet. Er ist aber als Streitwert massgebend, wenn er den Wert der Hauptklage übersteigt. Die zur Zeit der Klageerhebung verfallenen vertraglichen Zinse werden zur Hauptforderung hinzugerechnet, ebenso Nutzungen und der Wert der bereits gefallenen Früchte. Hingegen haben keinen Einfluss auf die Bestimmung des Streitwertes: der Wert hängender Früchte, Verzugszinse, laufende Vertragszinse und die Kosten des angehobenen Prozesses. Geht nun aber die Klage nicht unmittelbar auf einen bestimmten Geldwert, so ist die übereinstimmende Wertung der Parteien massgebend. Können sich diese nicht einigen, so wird der Streitwert vom Vermittler festgesetzt, bei Rekurs durch den Bezirksgerichtspräsidenten. Die den Streitwert festsetzende Behörde entscheidet zugleich endgültig über die Tragung der Kosten des Wertungsverfahrens.

Die Appellationssumme ist im neuen Gesetz dieselbe geblieben, wie im Gesetz von 1900. Damit beliess man dem Kantonsgericht den gleichen Wirkungskreis. Der Entwurf von 1937 sah zwar für diese Berufung eine Erhöhung der Appellationssumme auf über Fr. 800.— vor. Mit Rücksicht auf den stark gesunkenen Geldwert wäre dies sehr zu begrüssen.[1] Das hätte eine vermehrte Arbeitsentlastung des Kantonsgerichtes gebracht.

§ 10. Die Berufungserklärung.

I. Form und Frist.

Während im gemeinen Prozesse die Formalitäten zu einer gültigen Appellationserklärung kompliziert und zahlreich waren, besteht

[1] In der grossrätlichen Kommissionsberatung wurde aber die Streitsumme wieder heruntergesetzt, obwohl in andern Kantonen diesbezüglich schon längst weitergegangen worden ist. So verlangt Bern für die Berufung ans Obergericht als Appellationssumme Fr. 800.—, Zürich gar Fr. 1200.—.

in den modernen Prozessgesetzen diesbezüglich grosse Einfachheit. Die Berufung wird anhängig durch Einreichung der Berufungserklärung. Diese Erklärung bedarf aber zu ihrer rechtlichen Wirksamkeit gewisser Vorschriften. Sie muss innert einer Frist von 14 Tagen eingereicht werden. Die Berufungsfrist ist eine Notfrist und beginnt zu laufen nach der Eröffnung des vollständigen Urteils (Art. 414 Abs. 1). Ist aber eine Partei abwesend, so muss ihr das Erkenntnis schriftlich mitgeteilt werden und die Frist beginnt dann erst mit der Zustellung (Art. 188). Die Berechnung der Fristen wurde schon in § 12 IV dargelegt. Es stellt sich nun noch die Frage, ob die Einlegung der Berufung vor Ausfällung des Erkenntnisses zulässig sei. Diese Frage wird in der Literatur durchwegs verneint.[1] Berufung kann nämlich nur gegen ein Erkenntnis eingelegt werden. Bevor aber ein solches ergangen ist, kann nicht appelliert werden, z. B. zum voraus, für den Fall, dass ich mich beschwert fühle.

Hinsichtlich der Form der Berufungserklärung wird nur die Schriftlichkeit verlangt. Die Erklärung muss auch am richtigen Ort erfolgen, nämlich beim iudex ad quem, d. i. die Kanzlei des Kantonsgerichtes (Art. 414 Abs. 1). Wird sie aber aus entschuldbarem Irrtum bei einer nicht zuständigen richterlichen Behörde angebracht, so ist sie, wenn die Zuständigkeit klar ist, von Amteswegen sofort an die zuständige Behörde zu leiten.[2] Die Frist aber gilt als eingehalten, wenn das Gesuch vor ihrem Ablauf bei der unzuständigen Behörde eingereicht worden ist (Art. 182).

Artikel 26 der Gebührenordnung verlangt ferner die Bezahlung der Appellationstaxe oder Einschreibegebühr. Diese beträgt beim Kantonsgericht Fr. 50.—. Dass diese Zahlung Gültigkeitsrequisit ist, haben wir schon früher gesehen (§ 2 IV).

II. Inhalt.

An den Inhalt der Berufungserklärung werden keine besondern Anforderungen gestellt. Artikel 414 verlangt nur eine schriftliche Appellation, verlangt aber nicht, im Gegensatz zu Artikel 275, dass ein bestimmt formuliertes Rechtsbegehren gestellt werde. Es muss daher als genügend angesehen werden, wenn aus den bei der

[1] Rosenberg S. 475 IV, Matti S. 1118.

[2] Artikel 187 bringt eine zweckmässige Neuerung, welche ein falsches Anbringen weitgehend verunmöglicht. Danach wird der Behörde in allen Erkenntnissen und Verfügungen die Angabe der Frist und der kantonalen Instanz für die Berufung oder die Nichtigkeitsbeschwerde zur Pflicht gemacht.

Kantonsgerichtskanzlei eingereichten Schriftstücken (Appellationseingabe oder Begleitschreiben) der Appellationswille deutlich hervorgeht.[1] Die Verwendung des Wortes Berufung ist nicht unbedingt erforderlich. Einzig Artikel 414 Abs. 2 stellt hinsichtlich des Berufungsantrages eine Ordnungsvorschrift auf, nach der der Appellant in seiner Erklärung angeben soll, inwieweit er Abänderung des angefochtenen Erkenntnisses verlangt und wenn mehrere Streitpunkte in Frage stehen, auf welche sich die Berufung beziehe. Gegen diese Vorschrift kann man aber verstossen, ohne dass die Appellation nichtig würde. Eine Begründung der Berufungserklärung wird nicht verlangt, da sie ja in der mündlichen Verhandlung angebracht werden kann.[2] Es ist aber ratsam eine solche Begründung einzureichen, falls keine Noven geltend gemacht werden. Werden keine Noven angehoben, so reduziert sich faktisch die Berufung auf eine blosse Überprüfung des erstinstanzlichen Dossiers durch das Kantonsgericht vor der Verhandlung. Die Bestimmung von Artikel 414 Abs. 3, dass mit der Berufung alle Mängel des Verfahrens und des Erkenntnisses angefochten werden können, wirkt dann nur noch theoretisch. Der Richter bildet doch naturgemäss sein Urteil beim Studium der Akten. Die mündlichen Berufungsplädoyers sind in der Mehrzahl der Fälle unnütz. Die Meinungen pro und contra sind normalerweise schon vorher festgelegt, die Gutheissung oder Abweisung der Berufung normalerweise schon vorher entschieden. Bei den Parteivorträgen wird in psychologisch verständlicher Weise nur noch das herausgehört, was zur Stützung des bereits festgelegten Antrages dienlich ist, und alles andere bewusst oder unbewusst nicht gehört, nicht verstanden oder missverstanden. Gewiss kann der Fall eintreten, wo der Richter sich noch in der mündlichen Verhandlung bekehrt und zur Änderung seines vorbereiteten Antrages veranlasst wird. Aber wir fragen hier nicht nach den Ausnahmen, sondern wie das Institut der Berufung als ganzes funktioniert. Man will doch den Appellanten ein Mittel in die Hand geben, um auf die Berufungsinstanz aktiv einzuwirken. In diesem Falle ist das nur möglich durch Eingabe einer schriftlichen Berufungsbegründung. Unser Gesetz verlangt diese nicht, verbietet sie

[1] So die Praxis des Kantonsgericht, A. B. 1932 No. 11.

[2] Das österreichische Prozessrecht verlangte hingegen die bestimmte, kurze Bezeichnung der Gründe der Anfechtung. Vgl. Sperl S. 592. Das deutsche Recht kennt die Begründung mit der Berufungsschrift auch. Sie kann aber auch später in der sogenannten Begründungsschrift erfolgen. Vgl. Rosenberg S. 480.

aber auch nicht. Mit der Einlegung der Berufungsbegrüngung wird den Parteien die Möglichkeit eines wirksamen Appellierens gegeben.[1]

Zu einer formrichtigen Appellation gehören aber auch nach Artikel 414 Abs. 1 und nach ständiger Praxis des Kantonsgerichtes, die Einreichung des vollständigen erstinstanzlichen Erkenntnisses in allen seinen wesentlichen Teilen. Weggelassen werden dürfen nur unwesentliche prozessleitende Beschlüsse. Bei einem Urteile bilden Zeugenprotokolle einen Bestandteil, sie sind daher bei der Appellation beizulegen.[2] Das Vorliegen des gerichtlichen Erkenntnisses oder einer authentischen Abschrift ist Gültigkeitsrequisit. Eine bloss private Abschrift eines Erkenntnisses wurde als ungenügend erklärt. Nach st. gallischer Praxis sind die Parteien, welche das Rechtsmittel ergreifen, verpflichtet, sich eine authentische Abschrift besorgen zu lassen, während bei der Berufung ans Bundesgericht diese Pflicht der Vorinstanz übertragen wird.[3]

Der Berufung sind die Akten beizulegen (Art. 414 Abs. 5). Ihr Vorliegen ist aber nicht wesentlich zum Zustandekommen einer gültigen Berufung. Die Gerichtspraxis bewertet die Bestimmung von der Vorlegung der Prozessakten nur im Sinne einer Ordnungsvorschrift.[4] Es ist denn auch in der Tat kein Grund einzusehen, weshalb die Aktenvorlage Gültigkeitsvorschrift sein soll, da für die Frage der Appellabilität ja einzig die Prüfung des erstinstanzlichen Urteils erforderlich ist. Dagegen ist richtig, dass neue Akten mit der Prozesseingabe einzreichen sind, ansonst sie nicht mehr berücksichtigt werden. Will aber der Berufungskläger vor zweiter Instanz neue Gesuche stellen oder neue tatsächliche Behauptungen, Bestreitungen oder neue Beweismittel anbringen, so muss es mit der Berufungserklärung in der Form einer neuen Prozesseingabe geschehen (Art. 414 Abs. 6). Analog den erstinstanzlichen Bestimmungen ist diese Eingabe in einem Exemplar für das Gericht und in so vielen Ausfertigungen, als beklagte und streitbeteiligte Parteien sind, abzugeben. Nach st. gallischer Praxis[5] genügt für die Zulassung von Noven, wenn sie nur innerhalb der Appellationsfrist,

---

[1] Vgl. die Abhandlungen in der schweiz. Juristenzeitung Bd. 29, S. 180, 213, 215 (Edlin contra Wild).

[2] A. B. des K. G. 1940 No. 3.

[3] A. B. des Kass. G. 1934 No. 34 und A. B. der Rek. K. 1932 No. 23.

[4] A. B. des K. G. 1929 No. 8. Unrichtig daher Rigoleth, der in ihrem Vorliegen ein Gültigkeitsrequisit sieht. S. 27.

[5] A. B. des K. G. 1928 No. 12.

solange der Appellat noch nicht geantwortet hat, eingereicht werden. Es braucht also nicht unbedingt mit der Berufungserklärung zu geschehen. Damit entsteht weder eine Verzögerung des Prozesses noch andere Nachteile. Artikel 414 Abs. 6 hat daher den Sinn einer Ordnungsvorschrift, welche gestattet, allfälligem Missbräuchen entgegenzutreten.

Die Berufungserklärung kann nach st. gallischer Praxis nicht eventuell eingelegt werden, z. B. falls eine Anschliessung unzulässig sein sollte, obwohl dies in der neuern Literatur bejaht wird.[1]

III. Wirkung.

Sobald nun die Berufungserklärung eingereicht ist, so muss die Gegenpartei und die erste Instanz unverzüglich davon in Kenntnis gesetzt werden, mit der Aufforderung zur Einsendung von Partei- und Amtsakten (Art. 415). Der Berufungsbeklagte hat das Recht, innert 10 Tagen nach Mitteilung der Berufung durch Prozesseingabe zu antworten, indem er seinerseits Neues vorbringen kann. Innert der gleichen Notfrist darf er sich auch der Berufung anschliessen. Der Berufungskläger ist berechtigt, innerhalb 10 Tagen nach Zustellung der Anschlussberufung, eine Gegeneingabe einzureichen. Weitere Prozesseingaben sind nicht zulässig (Art. 416).

Der Präsident des Kantonsgerichtes setzt in der Regel sämtliche Akten vor der Tagfahrt unter den Mitgliedern des Kantonsgerichtes in Umlauf, oder er legt sie in angemessener Weise zur Einsicht auf. In einfachen Streitsachen kann er davon Umgang nehmen. Spätestens 5 Tage vor der Verhandlung sind die Parteiakten den Parteien zurückzusenden (Art. 417).

§ 11. Das Berufungsverfahren.

I. Inhalt des Verfahrens.

Als Inhalt des Berufungsverfahrens können wir denjenigen Prozesstoff bezeichnen, auf welchen sich die Prüfung des Berufungsgerichtes erstreckt. Zu eng gefasst ist aber eine Definition, die ihn in der Nachprüfungsbefugnis erstinstanzlicher Urteile sieht, denn es dürfen auch Noven vorgebracht werden.[2]

[1] Vgl. das, über die bedingte Einlegung von Rechtsmitteln, Gesagte in § 5 IV.

[2] So Zumbühl, die Appellation im Rechtsmittelsystem der bern. Zivilprozessordnung, S. 70.

Die erste Kognitionstätigkeit betrifft die Prüfung der Formvorschriften und der Zulässigkeit der Berufung. Wenn diese Berufungsvoraussetzungen nicht vorhanden sind, dann kann die Berufung als unzulässig abgewiesen werden, ohne auf die Sache mehr einzutreten.

Im weiteren besteht der Inhalt des Berufungsverfahrens aus demjenigen Streitstoff, der dem Gericht erster Instanz schon vorgelegen hat. Das ergibt sich aus dem Wesen der Berufung als Rechtsmittel, das Abänderung des erstinstanzlichen Urteils verlangt. Alle Mängel des Erkenntnisses und des Verfahrens dürfen angefochten werden (Art. 414 Abs. 3). Es handelt sich also nicht nur um eine revisio in iure, wo nur nachgeprüft wird, ob der erstinstanzliche Richter die Gesetze richtig angewendet habe, sondern auch um eine revisio in facto. Die Feststellung der tatsächlichen Sachlage darf auch nachgeprüft werden. Das ganze, der ersten Instanz zur Verfügung gestandene tatsächliche Material, aus dem der erstinstanzliche Richter geschöpft hat oder doch hätte schöpfen können, ist Erkenntnisquelle der Berufungsinstanz. Der zweitinstanzliche Richter ist hinsichtlich der Prüfung, der Instruktion und Beweisführung genau so frei, wie die erste Instanz. Er beurteilt eventuell sogar Ansprüche, Angriff- und Verteidigungsmittel, die die untere Instanz unberücksichtigt liess. Er kann Augenscheine und Kommissionen anordnen, oder einen Sachverständigen verlangen, auch wenn vor erster Instanz dieses Verfahren nicht stattgefunden hat (Art. 288).

Hinsichtlich der Geltendmachung des erstinstanzlichen Prozessstoffes bestehen doch gewisse Schranken. Artikel 414 Abs. 4 bestimmt zwar, dass wie die Hauptrechtsfrage auch alle vor der ersten Instanz gestellten Vorfragen und Gesuche wieder geltend gemacht werden dürfen. Diese erneute Geltendmachung der Vorfragen bezieht sich aber nur auf diejenigen, welche mit der Hauptsache verbunden behandelt wurden. Gesondert behandelte Vorfragen, über die ein Vorentscheid erging, können nicht durch eine Berufung in der Hauptsache nochmals aufs Tapet gebracht werden. Entweder ist ihre formelle Rechtskraft nämlich schon eingetreten, indem die zur Appellation dagegen angesetzte Frist ausgelassen wurde, oder, falls gegen den Vorentscheid Berufung eingelegt wurde und ein Entscheid des Kantonsgerichtes erging, darf dieser niemals auf dem Wege einer zweiten Appellation angefochten werden. Wenn aber einer Vorfrage über prozesshindernde Einreden, die mit der Haupt-

sache verbunden ist,[1] zugesprochen wird, dann handelt es sich trotzdem hier um einen Vorentscheid, obwohl das Gesetz einen solchen nur bei gesonderter Behandlung einer Vorfrage gewährt. In unserem Falle ist nämlich die mit der Hauptsache verbundene Behandlung nur theoretisch, während es ja in Wirklichkeit zu einer Trennung von Vorfrage und Hauptsache kommt. Diese praktische Trennung gibt uns das Recht, hier von einem Vorentscheid zu sprechen und somit ein Rechtsmittel zu gewähren, wo nach Gesetz sonst keines zur Verfügung stünde. Diese Lösung entspricht dem Geist des Gesetzes und wenn die Klage als unzulässig erkannt wird, so kann das Verhandeln in der Hauptsache erspart werden.[2]

Die Überprüfungsbefugnis des Berufungsrichters wird aber nicht nur durch die Vorentscheide beschränkt, sondern auch durch die Parteianträge. Der Richter darf einer Partei weder mehr noch etwas anderes zusprechen als sie verlangt, noch weniger als die Gegenpartei anerkannt hat. Hingegen setzt Artikel 179 Abs. 2 fest, dass der Richter von Amteswegen die Aufnahme von Beweisen anordnen kann, die von den Parteien nicht beantragt sind. Diese Vorschrift ist neu und wurde aus der Gesetzgebung über die Spezialgerichte herübergenommen. Sie steht auch mit der früher allgemein geltenden Verhandlungs- und Eventualmaxime in striktem Widerspruch. In Ehestreitsachen ist der Richter nicht an die Anträge der Parteien gebunden (Art. 351). Eine weitere Beschränkung der Überprüfung bedeutet die eideserhärtete Tatsache, an die die Berufungsinstanz grundsätzlich gebunden ist.

Wie wir aber wissen, erschöpft sich die Berufung keineswegs in der kritischen Beurteilung des erstinstanzlichen Prozesstoffes, sondern dieser kann durch neue Vorbringen erweitert werden. Artikel 414 Abs. 6 und Artikel 416 Abs. 1 gestatten das Vorbringen von Noven sowohl dem Berufungskläger als auch dem Berufungsbeklagten. Im alten Gesetz wurden die Noven schon unumschränkt zugelassen. Die Erfahrungen diesbezüglich müssen also nicht schlecht gewesen sein. Man ging dabei davon aus, dass der Ausschluss von

[1] Im Gegensatz zum früheren Gesetz, das in Artikel 197 Z. P. O. von 1900 bestimmt, dass nur auf Verlangen der Partei die prozesshindernden Einreden mit der Hauptsache verbunden behandelt werden können, normiert das neue Gesetz in Artikel 281, dass grundsätzlich diese Vorfragen mit der Hauptsache zu verbinden sind. Nur in besonderen Fällen wird die getrennte Behandlung gestattet.

[2] Vgl. Rigoleth, S. 40. ff.

Noven mit den modernen Anschauungen über die Gestaltung des Prozessrechtes nicht vereinbar sei. Erstes Ziel der Führung des Prozesses sei und bleibe, dem materiellen Rechte zum Siege zu verhelfen. Es müsse daher als ungerechtfertigter Formalismus bezeichnet werden, wenn der zweitinstanzliche Richter sich jeder noch so wichtigen neuen Tatsache verschliessen wolle.[1] Heusler[2] hingegen verurteilt die Zulassung von Noven, da diese Möglichkeit die Nachlässigkeit der Parteien schütze und stärke, weil sie die untere Instanz degradiere und das Gefühl der Verantwortung schwäche. Demgegenüber muss gesagt werden, dass die Nachlässigkeit der Parteien nicht geschützt wird, denn die Kosten, die aus dem Vorbringen der Noven entstehen, werden ohne Rücksicht auf den Ausgang des Prozesses dieser Partei überbunden, wenn sie nicht dartun kann, dass sie jene ohne Verschulden nicht früher habe geltend machen können (Art. 418 Abs. 2). Es braucht sich übrigens nicht immer um Nachlässigkeit zu handeln. Es herrscht die Erfahrung, dass nicht selten durch die erstinstanzliche Urteilsbegründung neue Gesichtspunkte ins Feld geführt werden, die den Anwalt zu erneuter Befragung des Klienten und zu unerwarteter Ergänzung des Tatbestandes führen. Es ist dies nicht nur möglich bei mangelhafter Instruktionsaufnahme, sondern es kommt öfters vor, dass die Partei einen Anwalt über gewisse Tatsachen nicht informiert, weil sie sich der Rechtserheblichkeit dieser Tatsachen nicht bewusst ist. Was die Degradierung der ersten Instanz und die Verantwortungsschwächung betrifft, so ist dies ebenso schwer zu bestreiten als zu beweisen, da es sich um Imponderabilien handelt. Dennoch scheint Heusler zu schwarz gesehen zu haben. Wenn der zweitinstanzliche Richter auf Grund einer veränderten Aktenlage zu einem andern Urteil kommt, als der erstinstanzliche, so wird dies schon in der Natur der Sache im zweitinstanzlichen Urteil deutlich zum Ausdruck kommen. Jedenfalls ist es eine Forderung des Taktes und der Achtung vor dem unteren Gericht, dass dies geschieht. Und geschieht es, so hat der erstinstanzliche Richter seine Genugtuung und die Partei ist verhindert, aus ihrem zweitinstanzlichen Erfolg auf die Unfähigkeit des erstinstanzlichen Gerichtes zu schliessen.[3]

---

[1] Vgl. Schurter und Fritsche, Kantonale Zivilprozessrechte, Bd. 2 S. 555.

[2] Heusler Andr., S. 175 ff.

[3] Vgl. Bauhofer, Schweiz. Juristenzeitung Bd. 29 S. 132.

Mit der Novenzulassung wollte man nur jene Rechtsbehelfe gewähren, die weder den Parteien noch dem Richter bekannt waren. Alles andere Vorbringen wird ja so bestraft, dass ein Missbrauch sicherlich nicht damit getrieben wird. Es stellt sich nun die Frage, wie lange können Noven im Berufungsverfahren vorgebracht werden? Nach dem Gesetz von 1900 bereitet die Lösung dieser Frage erhebliche Schwierigkeiten.[1] Artikel 306 Ziff. 5 Abs. 2 erklärte nämlich folgende Verfahrensbestimmungen, die die erste Instanz regeln, anwendbar: Artikel 190, 191 und 196 Abs. 2. Dieser letzte Artikel handelt aber über die Sanktionen bei nachträglichen Prozesseingaben. Daraus liesse sich nun ableiten, dass nach dem zweitinstanzlichen Schriftenwechsel noch weiterhin neue Eingaben zulässig seien, wie vor erster Instanz. Das Kantonsgericht hat in seiner Praxis eine solche Auffassung abgelehnt,[2] und sogar einen wahrscheinlichen Irrtum des Gesetzgebers angenommen. Das neue Gesetz schafft nun diesbezüglich Klarheit. Die Verweisung auf Artikel 196 Abs. 2 fällt weg und die kantonsgerichtliche Praxis wird gesetzlich normiert. Artikel 416 Abs. 3 sagt ganz klar: „Weitere Prozesseingaben sind nicht zulässig". Nach den befristeten Eingaben von Berufungskläger und Beklagten dürfen keine Noven mehr vorgebracht werden. Die Regelung des erstinstanzlichen Verfahrens hat in diesem Punkte daher keine Gültigkeit für das Verfahren vor zweiter Instanz. Dadurch, dass die Noven nicht in uferloser Freiheit noch später angebracht werden können, wird die Prozessverschleppung wirksam gehindert. Es müssen nun alle Noven miteinander vorgelegt werden, auch in eventum, das verhindert spätere Überraschungen. Wir sehen also deutlich, wie sich das Eventualprinzip hier in zweiter Instanz stärker durchsetzt. Heuslers Anschauungen kommen da zu ihrem Recht.[3]

Eine Ausnahme findet sich im Appellationsverfahren betreff Nachlassvertrag. Nach Artikel 304 Abs. 3 Sch. K. G. können die Gläubiger ihre Einwendungen gegen den Nachlassvertrag in der Verhandlung anbringen. Der Schuldner wäre wehrlos, wenn ihm nicht erlaubt würde, auch seinerseits noch in der Verhandlung auf neue Vorbringen der Opponenten mit neuen Gegenargumenten zu antworten. Deshalb sind hier Eingaben noch nach Ablauf der Frist zulässig.[4]

---

[1] Eingehend behandelt von Rigoleth S. 43.

[2] A. B. des K. G. 1913 No. 3 und A. B. des Kass. G. 1931 No. 44.

[3] Heusler Andr., S. 72 ff.

[4] Vgl. A. B. des K. G. 1921 No. 12.

Inwieweit sich nun inhaltlich das Novenrecht erstreckt, regelt Artikel 414 Abs. 6. Als zulässige neue Vorbringen werden da genannt: neue Gesuche, neue tatsächliche Behauptungen, Bestreitungen oder neue Beweismittel. Bei den Gesuchen handelt es sich um prozessuale Gesuche, insbesonders um Ergänzung des Beweisverfahrens. Die Bestreitungen werden auch unumschränkt zugelassen. Es können also solche Tatsachen bestritten werden, welche erstinstanzlich ausdrücklich oder stillschweigend anerkannt worden sind. Eine Ausnahme macht natürlich die eideserhärtete Tatsache; die kann der Richter nicht mehr abändern (Art. 220). Hingegen können die Eidesbeweiserkenntnisse angefochten werden bis zur Eidesleistung. Die Partei ist also vor zweiter Instanz nur noch an die eideserhärtete Tatsache und an prozessuale Willenserklärungen, wie Vergleich, Klageanerkennung etc. gebunden. Auch die neuen Beweismittel sind schlechthin zulässig und nicht nur solche, die mit den neuen Tatsachen verbunden sind. Wir sehen also, dass die st. gallische Regelung hinsichtlich der Vorbringen von Noven weitgehend ist.

Dennoch finden sich Einschränkungen. Artikel 414 Abs. 4 bestimmt, dass in familienrechtlichen Streitigkeiten auch neue Hauptbegehren zulässig sind. Daraus kann aber e contrario abgeleitet werden, dass sonst neue Hauptbegehren unzulässig sind. In Artikel 175 wird zwar eine Änderung des Klagebegehrens gestattet, mit Zustimmung der Gegenpartei oder auch ohne deren Zustimmung mit Erlaubnis des Richters, wenn die rechtliche Stellung der Parteien im Prozesse nicht beeinträchtigt, die sachliche Zuständigkeit nicht beeinflusst und das Prozessverfahren nicht erschwert wird. Ferner kann auch der Richter im Untersuchungsverfahren eine Änderung in jedem Falle zulassen. Aus Artikel 414 Abs. 4 geht aber ganz klar hervor, dass eine Klageänderung vor zweiter Instanz nicht möglich ist, ausser in der gesetzlich erwähnten Annahme.

II. Form und Gang des Verfahrens.

Das Verfahren vor zweiter Instanz regelt sich nach den Bestimmungen, die für das erstinstanzliche Verfahren, also vor Bezirksgericht, Geltung haben (Art. 418 Abs. 1). Im folgenden lege ich die für die zweite Instanz gültige Regelung dar. Analog dem bezirksgerichtlichen Verfahren wird auch das Berufungsverfahren in Vorverfahren, Verfahren vor Gericht und in Schlussverhandlung gegliedert.

Das Vorverfahren ist als Ersparnis oder Entlastung der eigentlichen Verhandlung gedacht. Grundsätzlich wird für das Verfahren vor den richterlichen Behörden die Mündlichkeit verlangt, wenn nicht das Gesetz schriftliche Eingaben vorschreibt oder ausdrücklich zulässt (Art. 167). Das Vorverfahren nun ist aber schriftlich, denn es wird anhand der vorgeschriebenen, schriftlichen Eingaben entschieden und angeordnet. Es handelt sich hier lediglich um die die mündliche Verhandlung vorbereitenden Schriftsätze. Vor erster Instanz hat die Schriftlichkeit allerdings noch weit entscheidendere Bedeutung, als im zweitinstanzlichen Verfahren, denn im ersten Fall werden 4 Rechtsschriften verlangt, während bei einer Berufung die Appellationserklärung die einzige obligatorische Rechtsschrift ist. Nur wenn Noven geltend gemacht werden wollen, hat der Appellant eine neue Rechtsschrift zu machen, die der Appellat beantworten kann.

Die Aufgabe des Vorverfahrens besteht hauptsächlich in der Prüfung der Zulässigkeit einer Berufung. Wird die Zulässigkeit verneint und darum die Berufung zurückgewiesen, so bleibt die mündliche Berufungsverhandlung erspart. Wird aber die Zulässigkeit bejaht, so ist die Verhandlung um diesen Streitpunkt entlastet. Wenn die Berufung zulässig ist, dann werden weiter alle Vorbereitungen getroffen, die für einen reibungslosen Verlauf der Hauptverhandlung notwendig sind: z. B. Augenschein, Wahl von Sachverständigen usw. Die Leitung des Vorverfahrens obliegt dem Gerichtspräsidenten der jeweilig amtierenden Kammer des Kantonsgerichtes (Art. 288). Weitschweifige oder ungebührliche Eingaben weist dieser zur Umarbeitung innert Notfrist an die betreffende Partei, ihren Vertreter oder Rechtsbeistand zurück (Art. 169). Es gibt keine Kommissionalverhandlungen mehr im Sinne des alten Zivilprozesses. Dagegen kennt der Prozess nach dem Vorbild des handelsgerichtlichen Verfahrens die Einrichtung der Vorbereitungshandlung mit ausgedehntem Fragerecht des Richters, wenn grössere Schwierigkeiten abgeklärt werden müssen (Art. 289). Hierin ist also die Schriftlichkeit des Vorverfahrens durchbrochen.

Das Verfahren vor Gericht wird durch den Gerichtspräsidenten angeordnet, nachdem er die Vorbereitungshandlungen beendet hat. Er bestimmt eine ordentliche Gerichtssitzung. Liegt für eine Partei Gefahr im Verzuge, so kann auf ihr Verlangen nach Anhören der Gegenpartei gegen Erlegung der Gerichtskosten eine ausserordentliche Gerichtssitzung festgesetzt werden (Art. 133). Das Verfahren vor Gericht wird auch die mündliche Verhandlung ge-

nannt; denn die Parteien müssen erscheinen und jede hat das Recht auf zwei Vorträge. Das bedeutet aber nicht, dass nur das mündlich Vorgetragene für den zweitinstanzlichen Entscheid rechtlich relevant sei, sondern der Berufungsprozesstoff besteht auch aus den Akten. Artikel 168 schreibt vor, dass die Parteien vereinbaren können, anstelle der mündlichen Vorträge solle ein Schriftenwechsel treten. Das hat hier im Berufungsverfahren zur Wirkung, dass zum ordentlichen Schriftenwechsel eine weitere Eingabe tritt. Unbilligen Vereinbarungen kann das Gericht die Zustimmung versagen.

Es können Vorfragen in der Appellationsinstanz erhoben werden (Art. 414 Abs. 4). Vorfragen wegen mangelnder Vollmacht, Rechtsvertröstung, Ablehnung einer Gerichtsperson oder eines Sachverständigen müssen auch vor dem Berufungsgericht unter Verwirkungsfolge gesondert behandelt werden (Art. 293 Abs. 1 und 2). Nach Anhören der Parteivorträge geht das Gericht zur Beratung über und fällt das Erkenntnis. Dies ist entweder ein Urteil, ein Vorentscheid oder ein Beweisdekret.

Die Schlussverhandlung findet statt, wenn nach der Hauptverhandlung noch ein Beweisverfahren notwendig ist (Art. 297). Zur Beweisabnahme und Schlussverhandlung sind die Parteien vorzuladen. Nach der Beweisabnahme steht es den Parteien frei, das Ergebnis des Beweisverfahrens zu würdigen. Zu diesem Zwecke soll den Parteien ohne wichtige Gründe nicht mehr als je ein Vortrag gestattet werden. Auch wenn eine oder beide Parteien ausbleiben, findet die Beweisabnahme und Urteilsfällung dennoch statt (Art. 298). In diesem Falle hat dann der Richter alles zu berücksichtigen, was nach den Akten und den Beweisergebnissen zugunsten der ausgebliebenen Partei spricht (Art. 299 Abs. 2). Das Gericht fällt das Erkenntnis sofort oder ausnahmsweise höchstens einen Monat später.

III. Das Versäumnisverfahren.

Das Versäumnisverfahren ist dasjenige Verfahren, das zum Versäumnisurteil führt. Es greift nur in den vom Gesetz bestimmten Fällen Platz. Unsere Zivilprozessordnung kennt im Berufungsverfahren keine Spezialbestimmungen für die Versäumnis. Gestützt auf Artikel 418 ist deshalb das Versäumnisverfahren vor erster Instanz anzuwenden (Art. 367—371). Es tritt in zwei Fällen ein, nämlich sowohl bei Versäumung einer Tagfahrt, als auch bei Versäumung von gewissen Fristen.

1. Die Versäumung einer Tagfahrt.

Die Voraussetzungen werden in Artikel 367 Abs. 1 aufgeführt. So müssen die Parteien peremptorisch zur Hauptverhandlung geladen sein. Im ordentlichen Verfahren ist die den Parteien zur Hauptverhandlung erstmals angesetzte Tagfahrt immer dilatorisch, und erst die zweite gilt von Gesetzeswegen für die nichterschienene Partei als peremptorisch[1] (Art. 124 Abs. 3). Im ersten Fall ist der versäumenden Partei als Sanktion eine angemessene Entschädigung an die erschienene Partei aufzuerlegen (Art. 131 Abs. 3), im letzten hingegen treten die im Versäumnisverfahren vorgesehenen Rechtsnachteile auf. Im beschleunigten Verfahren ist jede Vorladung peremptorisch (Art. 124 Abs. 3).

Die Rechtsfolgen der Versäumung sind verschieden, je nach dem eine oder beide Parteien ausbleiben. Bleibt eine Partei aus, dann hat die Beurteilung der Streitsache auf Grund der Prozessschriften, Akten und der Erklärungen der erschienenen Partei, soweit diese mit den Akten nicht in Widerspruch stehen, zu erfolgen. Das Gericht hat also die bisherigen Anbringen der ausgebliebenen Partei zu berücksichtigen. Dagegen geht die versäumende Partei aller Einreden gegen das vom Gegner in der mündlichen Verhandlung Vorgebrachte verlustig. Zwei Stunden nach der angesetzten Zeit, wird der anwesende Teil zum Vortrag seiner Streitsache zugelassen. Die Behauptungen, welche er vorbringt, wirken, wenn sie nicht mit den Akten in Widerspruch stehen, kraft ihres unbeanstandeten Vorhandenseins.[2] Die säumige Partei wird durch ihr Versäumnis von alldem, was sie zur Wahrung ihrer Rechte hätte zur Geltung bringen können, ausgeschlossen. Wenn die Vorladung nur für die Verhandlung über bestimmte Einreden ergangen ist, so hat sich das Erkenntnis nur auf die Erledigung dieser Einreden zu beschränken. Identisch mit dem Ausbleiben einer Partei ist es, wenn eine peremptorisch vorgeladene und erschienene Partei sich weigert, unter Entfernung von den Schranken, auf die Hauptsache einzutreten.

Nach der alten Zivilprozessordnung wurde das Ausbleiben des Appellanten und des Appellaten nicht gleich geahndet. Blieb der Appellant aus, so wurde die Appellation abgewiesen. Für den

[1] Gleiche Regelung im zürcherischen Recht. Vgl. Sträuli, Kommentar zum zürcherischen Rechtspflegegesetz, Art. 142 Anm. 2. In der Zivilprozessordnung von Appenzell A. Rh. wirkt die peremptorische Vorladung für beide Parteien verbindlich (Art. 93 Abs. 2).

[2] Nicht etwa kraft einer Fiktion wie Fatzer meint. S. 49 ff.

Appellaten aber galt, bei dessen Ausbleiben, dieselbe Bestimmung, wie sie heute besteht (Art. 262 Abs. 2 Z. P. O. von 1900). Mit der neuen Regelung wurde diese ungleiche Behandlung aufgehoben. Obwohl die Ungleichheit in der Behandlung von Kläger und Beklagten eine gewisse innere Berechtigung besitzt, so kann doch diese Strenge gegen den Kläger zu schweren Misständen führen, so wenn der Kläger die beweiskräftigsten Urkunden schon ins Recht gelegt hat, gegen die der Beklagte nichts vorzubringen vermöchte. Das wäre doch gegen alle gute Treue und alles Recht.[1]

Bleiben beide Parteien aus, dann wird der Prozess abgeschrieben. Eine Stunde nach der in der Vorladung angesetzten Zeit kann die Tagfahrt als verwirkt erklärt werden (Art. 131). Beide Parteien haben sich mit dem erstinstanzlichen Urteil zu begnügen. Die Kosten werden dem Berufungskläger überbunden, ohne dass jedoch der Beklagte ein Anrecht auf Entschädigung hätte.

2. Die Versäumung einer Frist.

Die für den obligatorischen, erstinstanzlichen Schriftenwechsel vorgesehenen Fristen bestimmt das Gesetz in den Artikeln 272, 278 und 283. Wenn nun der Beklagte die Einreichung der Antwortschrift oder der Kläger im Falle von Artikel 283 (Anhängigmachung des Rechtsstreites durch den Beklagten) die Einreichung der Klageschrift unterlassen hat, so muss ihm der Gerichtspräsident sofort nach unbenütztem Ablauf der Frist eine Notfrist zur Nachleistung ansetzen. Hält er diese Frist nicht ein, dann darf der Säumige nicht mehr gehört werden und es tritt das Versäumnisverfahren ein, das mit demjenigen in der mündlichen Verhandlung übereinstimmt[2] (Art. 284 Abs. 2).

Im Berufungsverfahren ist aber eine solche Nachfristansetzung nicht möglich, da die Rechtsmittelfristen sogenannte Notfristen sind. Auch für die Vernehmlassung kann hier im Gegensatz zum früheren Gesetz[3] diese nicht mehr konstruiert werden, da eine solche Annahme etwas Stossendes an sich hat. Bei Versäumnis der Vernehmlassungsfrist vor zweiter Instanz tritt aber das Versäumnisverfahren nicht ein. Es ist nämlich nicht dasselbe, wenn in erster Instanz

[1] Vgl. Heusler, S. 147.

[2] Gleiche Regelung im Prozessrecht von Nidwalden § 48 Abs. 2.

[3] Nach dem Gesetz von 1900 war für die Vernehmlassung eine Nachfristansetzung möglich, da Artikel 306 Ziff. 5 Abs. 3 ausdrücklich auf das erstinstanzliche Verfahren verweist. Vgl. Rigoleth, S. 53.

auf eine Klage keine Antwort erfolgt, wie wenn in zweiter Instanz auf die Berufungserklärung nicht geantwortet wird. Im letzten Falle kann ja noch auf den alten Prozesstoff in der mündlichen Verhandlung abgestellt werden.

3. Die Wiedereinsetzung.

Im Gegensatz zum früheren Gesetz, sieht die neue Zivilprozessordnung die Restitution vor (Art. 132). Danach kann sich eine Partei, der infolge Versäumnisses einer Notfrist oder einer Tagfahrt ein Prozessnachteil entstanden ist, sich wieder in den vorigen Stand einsetzen lassen. Gesuche dieser Art sind allerdings nicht statthaft, wenn das Reinigungsverfahren zulässig, d. h. wenn bereits ein Versäumnisurteil gefällt ist (Art. 367). Die Wiedereinsetzung soll aus Billigkeitserwägungen die Folgen einer unverschuldeten Versäumnis beseitigen. Notwendig ist aber dazu ein Wiedereinsetzungsgrund. So kann die Restitution nur erfolgen, wenn die Zustellung oder Fristansetzung nicht formgerecht erfolgte und weder die Partei noch ihr Bevollmächtigter oder Rechtsbeistand von der Zeitbestimmung Kenntnis hatte oder die Kenntnisnahme so spät erfolgte, dass die Befolgung der Zeitbestimmung unmöglich war oder wenn die Partei, ihr Bevollmächtigter oder Rechtsbeistand durch ein Naturereignis oder einen andern unabwendbaren Zufall verhindert war, eine Notfrist einzuhalten. Mit Einwilligung der Gegenpartei kann allerdings die Wiedereinsetzung stets stattfinden.

Das Wiedereinsetzungsverfahren wird eingeleitet durch ein Gesuch der säumigen Partei, das innert 5 Tagen nach Beseitigung des Hindernisses oder nach Empfang des Versäumnisentscheides beim Gericht schriftlich mit Begründung und Ausweisen einzureichen ist. Falls eine Mitteilung durch öffentliche Blätter erschien, kann die Wiedereinsetzung nicht mehr verlangt werden, wenn seit deren Erscheinen zwei Monate verstrichen sind. Der Richter beurteilt das Gesuch nach Anhören der Gegenpartei auf Grund seiner Erhebungen ohne Parteiverhandlung. Gegen diesen Entscheid ist kein Rechtsmittel gegeben. Die Wiedereinsetzung bewirkt, dass die säumige Partei die versäumten Prozesshandlungen entsprechend der richterlichen Anordnung nachzuholen hat.

IV. Der Berufungsentscheid.

Das Ziel der Berufung ist Abänderung des angefochtenen Erkenntnisses, ganz oder teilweise, zugunsten des Berufungsklägers.

Dieses Rechtsmittel hat also reformatorischen, nicht kassatorischen Charakter. Die französische Bezeichnung „recours en réforme" ist daher sehr zutreffend. Das st. gallische Zivilprozessrecht hat diese Natur der Berufung kompromisslos erhalten, nachdem durch die Prozessordnung von 1850 vorübergehend bei Noven eine Rückweisung gestattet war. Im neuen Gesetz wird in keinem Falle erlaubt, dass nach Aufhebung des angefochtenen Erkenntnisses die Sache an die Vorinstanz zurückgewiesen wird zur erneuten Beurteilung. Eine Rückweisung ist allerdings notwendig bei Vorentscheiden und Eidesbeweiserkenntnissen, aber nicht um darüber wiederum zu urteilen, sondern als Grundlage für das Endurteil.

Die Schicksale einer Berufung können nun sehr verschieden sein. Es kann der Fall eintreten, dass auf eine Berufung gar nicht eingetreten wird. Das geschieht immer dann, wenn die Appellationsvoraussetzungen nicht samt und sonders vorhanden sind. Es kann sich um einen Formmangel handeln oder es fehlt sonst eine Zulässigkeitsvoraussetzung. Der Nichteintretensentscheid erfolgt von Amteswegen. Die Formel hiefür lautet: „Auf Berufung wird nicht eingetreten." Es handelt sich hier um einen Entscheid über das Rechtsmittel, nicht über die Streitsache.

Es kann sich weiter ereignen, dass eine eingelegte Berufung abgeschrieben wird. Dies geschieht in Form eines Abschreibungsbeschlusses. Abgeschrieben wird damit die Berufung. Die Wirkung kann verschieden sein, je nach dem Grund der Abschreibung. Eine Berufung wird nun abgeschrieben:

a) Wenn beide Parteien in der Appellationsinstanz säumig sind (Art. 367 Ziff. 2).
b) Wenn der Appellant das eingelegte Rechtsmittel der Berufung zurückzieht, ferner bei Anerkennung der Berufungsklage, bei Vergleich und auch wenn die Berufung gegenstandslos geworden ist.

Sind die Voraussetzungen der Berufung vorhanden und ist sie nicht verwirkt oder ausgeschlossen, so tritt das Berufungsgericht auf die Behandlung ein. Es kommt zu einer sachlichen Prüfung über deren Begründetheit. Erweist sich eine Berufung als unbegründet, so erfolgt ein Urteil, welches das erstinstanzliche Erkenntnis in seiner Gesamtheit anerkennt und bestätigt. Ergibt sich aber, dass eine Berufung begründet ist, dann wird das Urteil, der Vorentscheid oder das Eidesbeweiserkenntnis der ersten Instanz durch den Appellationsentscheid abgeändert oder aufgehoben. Das neue Er-

kenntnis ist aber begrenzt dadurch, dass dem Berufungs- oder Anschliessungskläger nicht etwas über seinen Antrag hinaus zugesprochen werden darf und auch durch das Verbot der reformatio in peius. Das Berufungserkenntnis ist den anwesenden Parteien mündlich zu verkünden, den abwesenden schriftlich mitzuteilen (Art. 188 Abs. 1). Erkenntnisse, die den Parteien nicht auf dem ordentlichen Wege zugestellt werden können, müssen ohne Erwägungen im Amtsblatt veröffentlicht werden (Art. 190). Artikel 193 schreibt dann noch vor, dass ein Erkenntnis, falls es durch eine obere Behörde geändert oder mit anderer Begründung bestätigt worden ist, der unteren Behörde auf Staatskosten mitzuteilen sei. Der Berufungsentscheid ist unabänderlich für den dekretierenden Richter. Ein einmal verkündetes Dispositiv darf von Amteswegen nicht mehr abgeändert werden. Bildet es doch nach Artikel 185 Ziff. 6 einen wesentlichen Bestandteil des Urteils und die Parteien müssen sich bei der Bekanntmachung darauf verlassen können. Hingegen gestattet das Gesetz in Abänderung der früheren Praxis,[1] dass Rechnungsfehler, Schreibfehler oder ähnliche Unrichtigkeiten vom Gerichtsleiter von Amteswegen zu berichtigen sind (Art. 183 und 447 Abs. 2). Das Rechtsmittel der Urteilserläuterung ist hier nicht notwendig.

V. Die Kosten des Verfahrens.

In jedem Urteil, Vorentscheid oder Beschluss muss auch der Entscheid über die Kostentragung enthalten sein. Er bildet darin einen wesentlichen und gesetzlich geforderten Bestandteil (Art. 185 Abs. 6 und 186). Diese Kostensprüche müssen immer begründet sein, auch wenn es sich um einen Abschreibungsbeschluss handelt. Es würde sonst Artikel 186 verletzt, wonach auch Beschlüsse in der Regel eine summarische Begründung enthalten sollen. Die Begründung bildet namentlich dann einen wesentlichen Bestandteil des Beschlusses, wenn über Punkte entschieden wird, die nicht durch Parteivereinbarung erledigt waren.[2]

Unter Prozesskosten versteht man die Aufwendungen, die die Parteien zum Zwecke der Prozessführung zu machen haben.[3] Sie

[1] A. B. des Kass. G. 1929 No. 32.

[2] A. B. der Rek. K. 1939 No. 15. Im früheren Gesetz ist eine Begründung von Beschlüssen nicht verlangt worden. Die Praxis hat dies hingegen stets angenommen.

[3] Matti, § 35 S. 1076.

umfassen die amtlichen und die ausseramtlichen Kosten. Diese sind durch die eigentlichen Prozesshandlungen, d. h. durch die Inanspruchnahme gerichtlicher Tätigkeit bedingt, jene gelangen als Ausfluss der Prozessführung der Parteien zur Entstehung.[1]

Da das Gesetz keine speziellen Kostenvorschriften für das Berufungsverfahren besitzt, so gelten die Bestimmungen über die Prozesskosten, die sich im allgemeinen Teil befinden, sowohl für das erst- als für das zweitinstanzliche Verfahren. Danach hat in der Regel die im Prozess unterliegende Partei, auf Begehren der Gegenpartei, ihr für die bezahlten amtlichen Kosten und für die mit dem Prozessverfahren zusammenhängenden notwendigen Auslagen und Umtriebe volle Entschädigung zu leisten (Art. 143). Somit regelt das zweitinstanzliche Urteil auch die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens. Wenn keine Partei vollständig siegt, sind Parteientschädigung und die amtlichen Kosten verhältnismässig zu verlegen. Überdies ist jede Partei gehalten, ohne Rücksicht auf den Ausgang des Prozesses, den Gegner für alle Umtriebe und Auslagen zu entschädigen, die sie durch ordnungswidriges oder fahrlässiges Verhalten im Prozess verschuldet hat. Der Richter kann die Parteientschädigung ganz ablehnen oder herabsetzen, wenn eine grundsätzliche Frage der Rechtsanwendung oder Rechtsauslegung erstmals zu entscheiden war, über die man in guten Treuen verschiedener Meinung sein konnte, oder wenn eine feststehende Gerichtspraxis geändert wird, oder wenn eine Partei wesentlich nur wegen Nichtbeachtung gesetzlicher Formen unterlegen ist (Art. 145). Auch die Gerichtsgebühr kann aus denselben Gründen, mit Ausnahme des letztgenannten, niedriger angesetzt werden (Art. 136 Abs. 2). Bei Festsetzung der amtlichen Gebühren sind der Streitwert, die Umtriebe, die Vermögensverhältnisse der zahlungspflichtigen Partei und die Art der Prozessführung zu berücksichtigen (Art. 136 Abs. 1). Bei den amtlichen Kosten ist noch von Wichtigkeit, dass sie mit dem Kostenspruch fällig werden, auch wenn gegen den Entscheid noch ein Rechtsmittel offen steht (Art. 142).

Je nachdem nun eine Berufung einen Abänderungsentscheid erwirkt oder nicht, ändert sich der Kostenspruch. Bringt die Berufung keine Abänderung des erstinstanzlichen Urteils, sondern wird sie durch Abschreibungsbeschluss, Nichteintretensentscheid oder Sachentscheid abgewiesen, dann hat der Appellant sämtliche Kosten

[1] Vgl. Völki, Die Kostentragung der Parteien, Allg. Teil S. 37.

der zweiten Instanz zu bezahlen. Im Versäumnisverfahren kann der Richter alle Kosten der den Entscheid erwirkenden, erschienenen Partei auferlegen und ihr dafür den Rückgriff auf die Gegenpartei bewilligen (Art. 140 Abs. 2). Der Abschreibungsbeschluss infolge eines Vergleiches bildet natürlich eine Ausnahme. In diesem Falle entscheidet das Gericht, wenn es die Parteientschädigung zu bestimmen hat, nach Billigkeit (Art. 144). Auch die amtlichen Kosten verlegt der Richter nach billigem Ermessen. Ist eine Berufung zugelassen worden und haben beide Parteien getrennt appelliert, so sind im Falle der Bestätigung des erstinstanzlichen Urteils, die Kosten gemeinsam zu tragen. Ebenso verhält es sich mit der Anschlussappellation.

Bewirkt aber die Berufung ein neues Erkenntnis, dann hat das Kantonsgericht sowohl über die eigentlichen Appellationskosten, als auch über die erstinstanzlichen Kosten zu entscheiden. Die Kosten der in erster Instanz besiegten Partei sind in der Regel zu ersetzen und die Berufungskosten von der zweitinstanzlich unterlegenen Partei zu tragen. Es gelten im übrigen die allgemeinen Bestimmungen über die Prozesskosten.

Weitere Kosten können noch verursacht werden durch mutwillige oder nachlässige Prozessführung. Die richterlichen Behörden bestrafen von Amtes wegen je nach Schwere der Ordnungswidrigkeit mit Bussen von Fr. 5.— bis Fr. 200.— (Art. 194).

IV. Kapitel:

Die Berufung an die Rekurskommission und den Appellationsrichter.

§ 12. Zulässigkeit der Berufung.

I. An die Rekurskommission.

Der Aufgabenkreis der Rekurskommission hat im neuen Gesetz wichtige Änderungen erfahren. Bisher hatte sie sich mit Urteilen der Gerichtskommissionen, den nicht ans Kantonsgericht weiterziehbaren Urteilen der Bezirksgerichte, mit allen Urteilen des Fachgerichtes und der gewerblichen Schiedsgerichte nur als Kassationsbehörde zu befassen. Jetzt hingegen ist die Rekurskommission zur Berufungsinstanz gegen Erkenntnisse der Gerichtskommission, des Stickereifachgerichtes und der Arbeitsgerichte geworden,

bei einem Streitwerte von über Fr. 200.— (Art. 419). Der Grund zu einer solchen Umwälzung liegt, wie wir schon früher gesehen haben, im Bestreben nach einer möglichst weitgehenden Verwirklichung des Postulates von der materiellen Wahrheit.

Gegenstand einer Berufung an die Rekurskommission sind wie bei der Berufung an das Kantonsgericht: Urteile, Vorentscheide über prozesshindernde Einreden, über Zulässigkeit des Versäumnisverfahrens oder der Rechtsmittel der Wiederherstellung, der Reinigung und der Erläuterung und Eidesbeweisbeschlüsse des erstinstanzlichen Gerichtes. Vor dem Fachgericht und dem Arbeitsgericht kann es allerdings nicht zu Eidesbeweisbeschlüssen kommen, da der Parteieid vor den besondern Gerichten mit Ausnahme des Handelsgerichtes ausgeschlossen ist (Art. 237). Eine Appellation gegen Eidesbeweisbeschlüsse ist hier nur bei Erkenntnissen der Gerichtskommission möglich.

Diese ist zuständig in allen Zivilstreitigkeiten im Werte von über Fr. 200.— bis Fr. 500.—. Dann aber auch bei Klagen aus Beschimpfung und den aus dieser abgeleiteten Zivilansprüchen ohne Rücksicht auf den Streitwert, sofern sie der Kläger mit der Ehrverletzungsklage verbindet (Art. 54). Damit sind nun die Injurienklagen an die Gerichtskommission und das Bezirksgericht aufgeteilt worden. Die sachliche Zuständigkeit der Gerichtskommission ist im neuen Gesetz notwendigerweise wesentlich erhöht worden, nachdem ihre ganze bisherige Urteilskompetenz dem Bezirksgerichtspräsidenten übergeben wurde. Durch Gewährung einer Berufung wurde dies noch unterstützt. Der Entwurf sah eine Spruchbefugnis bis Fr. 800.— vor, was aber in der grossrätlichen Kommission abgelehnt wurde.

Die Berufung an die Rekurskommission ist aber, wie wir wissen, auch gegen Urteile und Vorentscheide des Stickereifachgerichtes und des Arbeitsgerichtes möglich. Die Kompetenzen dieser Sondergerichte werden in Artikel 64 und 65 geregelt. Das Stickereifachgericht beurteilt Zivilstreitigkeiten, welche die Erzeugung von Stickwaren der Maschinenstickereiindustrie oder die hiefür hergestellten Zeichnungen, insbesondere Bemängelungen und Abzüge betreffen, vorausgesetzt, dass diese Streitigkeiten sich aus dem Werk- oder Dienstvertrag ergeben und dass deren Streitwert den Betrag von Fr. 1000.— nicht übersteigt. Diese Streitigkeiten dürfen im Einverständnis der Parteien auch vor die ordentlichen Gerichte, das Handelsgericht oder das Arbeitsgericht gebracht werden. Dagegen ist es nicht gestattet, die Anrufung des Stickereifachgerichtes zum

voraus durch Vertrag auszuschliessen. Mit Einwilligung der Parteien fungiert das Stickereifachgericht, wenn die Streitsache ein anderes Verhältnis der Maschinenstickerei oder andere Zweige und Verhältnisse der Stickereiindustrie oder von Hilfsindustrien beschlägt oder wenn der Streitwert der zuerst erwähnten Streitsachen Fr. 1000.— übersteigt oder wenn der kantonale Gerichtsstand in einer dieser Streitsachen nicht begründet ist.

Das Arbeitsgericht erstreckt seine sachliche Zuständigkeit, soweit nicht Vorschriften des Bundes entgegenstehen, auf Zivilstreitigkeiten zwischen Arbeitgebern und den Arbeitnehmern, bei einem Streitwert bis zu Fr. 1000.—. Mit Parteieneinwilligung können diese Streitigkeiten vor die ordentlichen Gerichte gebracht werden, während aber eine Ausschliessung zum Voraus durch Vertrag ebenfalls nicht gestattet ist. Im Einverständnis der Parteien ist das Arbeitsgericht auch zur Entscheidung von Streitigkeiten mit einem Streitwert von über Fr. 1000.— bis Fr. 3000.— zuständig.

Die Appellabilität dieser Berufungen hängt in fast sämtlichen Fällen von der summa appellabilis ab. Nur in einer einzigen Ausnahme spielt sie keine Rolle, bei Ehrverletzungsklagen. Mit Rücksicht auf ihre Wichtigkeit wird hier die Berufung kraft gesetzlicher Vorschrift gewährt. Die untere Grenze der Berufungssumme ist einheitlich auf über Fr. 200.— angesetzt, während die obere Grenze stark wechselt. Bei den Erkenntnissen der Gerichtskommission steht sie auf Fr. 500.—. Das Fachgericht und das Arbeitsgericht lassen eine Berufung bis zum Höchstbetrag von Fr. 1000.— zu, ja bei Einverständnis der Parteien kennt das Erstere sogar überhaupt keine obere Grenze, während letzteres sie auf Fr. 3000.— erhöht. Die Appellationssumme ist also sehr variabel und die Spruchbefugnis der Rekurskommission ergeht über eine Bagatellsache oder auch über einen bedeutenden Prozess. Weil der Wirkungskreis der Rekurskommission so verschieden sein kann, ist hier weder ein grosses Kollegium am Platz, noch ein Einzelrichter, sondern eben am besten diese Mittellösung wie sie der Gesetzgeber vorsieht.

II. An den Appellationsrichter.

Gegen gewisse Entscheidungen des Bezirksgerichtspräsidenten wird das Rechtsmittel der Appellation gewährt. Das neue Gesetz hat den Gerichtspräsidenten zur Entscheidung aller Streitigkeiten im Wertbetrage von über Fr. 25.— bis Fr. 200.— ermächtigt, nachdem seit mehr als 40 Jahren um die Einräumung einer Urteils-

kompetenz in den gewöhnlichen Streitigkeiten um Forderungen und dingliche Rechte an den Bezirksgerichtspräsidenten diskutiert wurde. Um das Berufungsverfahren in solchen Bagatellsachen angemessen einfach zu gestalten, ist die Behandlung dieser Berufungen einem Einzelrichter des Kantonsgerichtes, dem sogenannten Appellationsrichter übertragen worden. Eine Überweisung an den Kantonsgerichtspräsidenten ging nicht an bei dessen grosser, anderweitiger Beanspruchung. Das Einzelrichterinstitut hat somit in unserem Kanton einen weiteren, bedeutenden Ausbau erfahren. Mögen auch die Ansichten über die Institution des Einzelrichters in dogmatischer Hinsicht auseinandergehen, so muss doch dessen Eignung im Bagatellprozess unbedingt bejaht werden. Neben dem Streben nach der materiellen Wahrheit fordern hier ebenso Zweckmässigkeitsüberlegungen ihre Berücksichtigung. Der Ausgang eines Prozesses muss doch irgendwie mit den aufgewendeten Mühen und Kosten im Einklang stehen.[1] Wer ein Zündhölzchen verliert, verbrennt nicht zwei weitere, um es zu suchen. Das Festhalten an der Behandlung so geringfügiger Streitsachen durch ein Kollegium und somit in einem dementsprechend umständlicheren und teureren Verfahren wäre nicht zu verstehen, umso mehr als auch auf dem heikleren Gebiet des Strafrechtes mannigfaltige Kompetenzen dem Einzelrichter zugewiesen werden. Die Neuschaffung des Appellationsrichters als Berufungsinstanz gegen Erkenntnisse des Bezirksgerichtspräsidenten entlastet die Rekurskommission von vielen Rekursen in geringen, bürgerlichen Streitigkeiten.

Die Berufung an den Appellationsrichter ist nun in den, in Artikel 49 und 51 genannten Fällen zulässig gegen Erkenntnisse des Bezirksgerichtspräsidenten über die Hauptsache, über Vorentscheide, sowie gegen seine Verfügungen nach Artikel 406 und 407 (Art. 420). Gegenstand dieser Berufung sind also einmal Urteile und Vorentscheide. Wir haben in § 9 davon eingehend gesprochen. Nicht möglich ist eine Berufung gegen Eidesbeweisbeschlüsse, da vor dem Einzelrichter der Parteieid ausgeschlossen ist (Art. 273). Dagegen werden gewisse Verfügungen Gegenstand einer Berufung an den Appellationsrichter. Es handelt sich um solche, die bei der Kraftloserklärung von Wertpapieren ausgesprochen werden.[2] Der Bezirksgerichtspräsident kann da laut O. R. die Ausstellung einer

[1] Engeler, S. 8 ff.

[2] Diese Befugnisse waren bisher dem Bezirksgericht vorbehalten gewesen.

neuen Urkunde anordnen (Art. 972), ein Zahlungsverbot erlassen (Art. 982), ein Aufgebot und eine Anmeldefrist befehlen (Art. 983). Weiter bestimmt er die Art der Bekanntmachung (Art. 984), die Fristansetzung zur Klage auf Herausgabe eines vorgelegten Inhaberpapiers, die Rückgabe desselben und die Aufhebung des Zahlungsverbotes (Art. 985). Er verfügt über die Hinterlegung und Übergabe von Couponsbeträgen (Art. 987). Er erlässt das Verbot der Wechselzahlung, bestimmt den Ort der Hinterlegung des Wechselbetrages (Art. 1072), setzt eine Frist zur Klage auf Herausgabe eines Wechsels und hebt das Zahlungsverbot auf (Art. 1073). Schliesslich kann der Bezirksgerichtspräsident ein öffentliches Aufgebot zur Vorlegung des Wechsels erlassen (Art. 1075—77), eine Frist ansetzen zur Klage auf Herausgabe eines vorgelegten Wechsels, die Rückgabe desselben beschliessen und das Zahlungsverbot aufheben (Art. 1078), sowie die Hinterlegung oder Zahlung des Wechselbetrages anordnen und eine geleistete Sicherheit freigeben (Art. 1080). Wenn eine abhandengekommene Urkunde vorgelegt wird, so setzt der Gerichtspräsident dem Gesuchsteller eine Frist zur Anhebung der Klage auf Herausgabe der Urkunde.

Wie wir sehen, geht es hier um vorläufige, prozessleitende Verfügungen. Ihr Erlass ist meist Bedingung zur Ermöglichung einer Entscheidung über die Kraftloserklärung von Wertpapieren. Diese Verfügungen sind keine Urteile, da durch sie kein Klageanspruch materiell entschieden oder zur Zeit abgewiesen wird. Es handelt sich auch nicht um Vorentscheide, sondern um Beschlüsse im Sinne von Artikel 184 Abs. 3. Ordentlicherweise kann gegen sie keine Berufung eingelegt werden, höchstens eine Beschwerde. Das Gesetz aber lässt hier eine Ausnahme zu.

Nicht gegen alle Entscheide des Bezirksgerichtspräsidenten wird die Berufung gewährt, sondern nur in den in Artikel 49, 51, 406 und 407 genannten Fällen. Die letzten beiden Artikel haben wir bereits näher besprochen. Nach Artikel 49 entscheidet der Bezirksgerichtspräsident die Zivilstreitigkeiten im Werte von über Fr. 100.— bis Fr. 200.—, über Begehren, die im Befehlsverfahren nach Artikel 389 gestellt werden, über Begehren um gesetzlich vorgesehene, vorsorgliche Massnahmen, wenn keine andere Behörde zuständig ist, dann über streitige Begehren in einer Reihe von abschliessend aufgezählten Fällen des Zivilgesetzbuches und des Obligationenrechtes, schliesslich auch über Begehren um vorläufige Feststellung der Pflicht zur Sicherstellung, wo eine solche Fest-

stellung gesetzlich erforderlich ist, über die vorläufige Feststellung des Umfanges der Sicherstellung und über Begehren um Festsetzung der Art der Sicherung. Vorbehalten bleibt gemäss Artikel 48 Ziff. 5 die Fristensetzung zur Sicherstellung des Lohnes. In Artikel 51 regelt der Bezirksgerichtspräsident die Begehren um Sicherstellung gefährdeter Beweise, Anordnung einer öffentlichen Aufforderung zur Geltendmachung von Rechtsansprüchen, Untersuchung und Berichtgabe nach Artikel 32 des Bundesgesetzes betreffend die elektrischen Schwach- und Starkstromanlagen, die Verfügungen in andern privatrechtlichen Angelegenheiten nach Massgabe der einschlägigen Vorschriften, insbesonders im Eisenbahnfrachtrecht. In den nun aufgezählten Fällen des Artikels 51 wird aber die Berufung an den Appellationsrichter nicht ohne weiteres gestattet, sondern nur bei deren Ablehnung.

Die Appellationssumme muss also bei schätzbaren Streitigkeiten über Fr. 100.— betragen, die obere Grenze liegt bei Fr. 200.—. In den meisten Fällen ist aber die Appellabilität von der Berufungssumme unabhängig und kraft besonderer Gesetzesbestimmung gegeben.

§ 13. Der Schriftenwechsel.

Form und Inhalt der Berufungserklärung an die Rekurskommission und an den Appellationsrichter regeln sich nach den Bestimmungen über die Berufung an das Kantonsgericht. Es finden ihre entsprechende Anwendung die Artikel 414 bis 418 mit einigen Abweichungen (Art. 421).

Die Berufung muss unter Vorlegung des Erkenntnisses der ersten Instanz schriftlich bei der Kanzlei des Kantonsgerichtes[1] erklärt werden. Mit der Anhängigmachung der Berufung ist die Einschreibegebühr zu bezahlen. Beim Appellationsrichter beträgt sie Fr. 15.— und bei der Rekurskommission Fr. 30.—. Die Berufungsfrist beträgt auch 14 Tage nach Eröffnung des Erkenntnisses. Sie wird aber beschränkt, wenn es sich um weiterziehbare Entscheidungen des Arbeitsgerichtes handelt. Diese werden nämlich 3 Tage nach der mündlichen Eröffnung rechtskräftig, wenn nicht innerhalb dieser Frist die Berufung bei seinem Präsidenten angemeldet und innert weiteren 3 Tagen bei der Rekurskommission anhängig gemacht wird (Art. 322). Auch im Befehlsverfahren (Art. 395) kann

[1] Für die Berufung an die Rekurskommission ist jetzt die Kanzlei des Handelsgerichtes zuständig.

der Gerichtspräsident in dringlichen Fällen die Berufungsfrist an den Appellationsrichter von 14 Tagen auf 5 Tage hinuntersetzen.

Ein bestimmt formuliertes Rechtsbegehren fordert man auch hier nicht. Es gilt die Ordnungsvorschrift von der Spezifikation der Anfechtungspunkte. Die Einlegung der Akten ist nicht Gültigkeitsrequisit, während Noven, wenn sie Geltung haben wollen, ebenfalls mit der Berufungserklärung oder doch innerhalb der Appellationsfrist angebracht werden müssen. Ganz unterschiedlich aber von den kantonsgerichtlichen Erfordernissen, wird bei diesen Berufungsarten eine schriftliche Berufungsbegründung verlangt. Artikel 421 Ziff. 1 bestimmt, dass eine schriftliche Berufungsbegründung mit der Berufungserklärung einzureichen sei und zwar in je einer Ausfertigung für das Gericht, die Gegenpartei und die Streitbeteiligten. Die Ursache dieser Gesetzesbestimmung liegt in dem Ausfallen der mündlichen Verhandlung. Die Berufungsinstanz entscheidet nämlich in der Regel nur auf Grund der Akten, ohne Vorladung der Parteien. Es ist daher klar, dass die Berufungsinstanz schriftliche Grundlagen haben muss, um sich über die Standpunkte der Parteien zu erkunden, ist doch die Berufungsbegründung ein wichtiger Bestandteil des Appellationsverfahrens. Der Zeitpunkt der Anbringung der Berufungsbegründung deckt sich mit dem der Einreichung der Berufungserklärung. Die Begründung kann aber nicht wie die Noven noch später innerhalb der Appellationsfrist angebracht werden, denn sie ist wesentlicher Bestandteil, während Noven keinen Einfluss auf die Gültigkeit einer Berufung haben.

Von der Berufungserklärung und einer eventuellen neuen Prozesseingabe muss wiederum die Gegenpartei und die erste Instanz in Kenntnis gesetzt werden, mit der Aufforderung zur Einsendung der Partei- und Amtsakten. Der Berufungsbeklagte hat binnen der Notfrist von 10 Tagen in gleicher Weise seine Antwort einzureichen. Auf gleiche Weise heisst, dass der Appellat durch Prozesseingabe ebenfalls Noven vorbringen und sich der Berufung anschliessen kann. Zur Einreichung der Anschlussberufung muss eine Begründung beigelegt werden, aus den gleichen Erwägungen wie bei der selbständigen Berufung. Innert 10 Tagen nach deren Zustellung kann der Berufungskläger eine Gegeneingabe einreichen. Eine neue Eingabe des Appellanten ist nun aber auch zulässig innert der Notfrist von 10 Tagen, wenn der Appellat in seiner Antwort neue Behauptungen und Beweismittel meldet (Art. 421 Ziff. 2). Diese Möglichkeit ist im Schriftenwechsel vor Kantonsgericht nicht gegeben.

Hier wird sie aber notwendig mangels mündlicher Verhandlung. Es käme sonst einer Verletzung des rechtlichen Gehörs gleich, wenn der Berufungskläger gegen die Noven des Beklagten nichts mehr einwenden dürfte und könnte. Die Rekurskommission hat sich hinsichtlich der Anwendung von Artikel 421 Ziff. 2 dahin ausgesprochen, dass der Appellant zu den neuen Behauptungen des Appellaten auch Gegenbeweisanträge stellen darf.[1] Für die Rekurskommission gilt noch die Vorschrift von Artikel 417, dass sämtliche Akten in der Regel vor der Behandlung unter den Mitgliedern zirkulieren oder zur Einsicht aufgelegt werden.

§ 14. Das Verfahren.

I. Form des Verfahrens.

Im Berufungsverfahren vor Kantonsgericht ruht, analog dem bezirksgerichtlichen Verfahren, der Schwerpunkt in der mündlichen Verhandlung. Im Gegensatz dazu nun gestaltet sich der Prozess vor der Rekurskommission und dem Appellationsrichter zu einem rein schriftlichen und mittelbaren Verfahren. Die Berufungsinstanz entscheidet in der Regel auf Grund der Akten ohne Vorladung der Parteien. Allerdings kann sie eine mündliche Verhandlung anordnen, wenn es zur Wahrung wesentlicher Parteiinteressen notwendig erscheint (Art. 421 Ziff. 3).

Das schriftliche Verfahren wurde durch den gemeinrechtlichen deutschen Prozess propagiert. Die schweizerischen Auffassungen über den Prozess standen hingegen seit altersher auf dem Boden der reinen Mündlichkeit. Immer wurden bei uns die Prinzipien der Mündlichkeit und Unmittelbarkeit hochgehalten. Sie galten dem demokratischen Geiste der Schweizer stets als das Natürliche. Sie haben den Vorteil um deretwillen im Verkehr, soweit es angeht, das mündliche Aussprechen den Briefen vorgezogen wird. Einige Worte führen in der Regel weiter als lange schriftliche Darlegungen. Der unmittelbare prozessuale Kontakt zwischen Richter, Parteien und Beweismitteln ist von höchster Fruchtbarkeit. Dennoch fand die gemeinrechtliche Anschauung auch in der Schweiz ihren Widerhall, nicht in dem Sinne, dass nun plötzlich aus der mündlichen Verhandlung ein rein schriftliches Verfahren des gemeinen Rechtes entstanden wäre, sondern Kern- und Mittelpunkt bildete wie früher

[1] Weisungen des Amtsberichtes 1940 S. 6.

die mündliche Verhandlung, nur das Einleitungsverfahren erfolgte durch vorbereitende Schriftsätze. Der Grund zur Einführung des schriftlichen Vorbereitungsverfahrens lag darin, dass die Unmittelbarkeit im Prozess ihre physiologische Grenze in dem Fassungsvermögen und der Gedächtniskraft der Richter findet.[1] Durch das Vorbereitungsverfahren wird nämlich die geistige Beherrschung des Streitfalles gesichert.

Der st. gallische Gesetzgeber ist aber noch weiter gegangen und hat sich bei den Berufungen an die Rekurskommission und an den Appellationsrichter, in Anlehnung an das gemeine Prozessrecht, für ein rein schriftliches Verfahren entschlossen, allerdings mit Ausnahmen. Es geschah dies aus Sparrücksichten. Da es sich hier um Berufungen in Bagatellsachen handelt, müssen die Kosten des Verfahrens doch unbedingt gesenkt werden, wenn sie mit dem Ausgang des Prozesses irgendwie in Einklang stehen wollen. Eine kostspielige Reise der Parteien in die Kantonshauptstadt kommt somit nur in den dringensten Fällen in Frage. Die Gerichtskosten werden auf ein Minimum reduziert. Die Nachteile der reinen Schriftlichkeit, nämlich die Gefahr der Weitschweifigkeit und der Langsamkeit des Verfahrens, spielen bei der Berufung keine so grosse Rolle, wie im erstinstanzlichen Verfahren, denn durch das Vorliegen des erstinstanzlichen Erkenntnisses ist eine gewisse Konzentration bedingt. Dass aber das rein schriftliche Verfahren den Rechtssuchenden nicht so überzeugt und befriedigt, darf sicher angenommen werden, denn damit wird dem Volke die Rechtssprechung zum Foliantenstudium, zur gelehrten Missachtung des alltäglichen Lebens. Mag auch Heusler die Vorzüge der Mündlichkeit verneinen, da der Zivilprozess nun eben einmal eine trockene Materie sei und nur durch gründliche Vertiefung in die Akten studiert sein wolle,[2] der Schweizer wird sich trotzdem nie recht mit einer vollständigen Schriftlichkeit befreunden.

Abschliessend muss aber gesagt werden, dass die Berufung in Bagatellsachen eben nur durch rigorose Sparmassnahmen und Einschränkungen in Stand gesetzt wurde, ihre soziale Aufgabe zu erfüllen, und dass die Nachteile des schriftlichen Verfahrens bei weitem überwogen werden durch die Möglichkeit einer vollständigen Überprüfung der Tat- und Rechtsfrage auch in geringen, bürgerlichen

[1] Klein-Engel, Der Zivilprozess Österreichs, S. 207 ff.
[2] Heusler Andr., S. 53 ff.

Streitigkeiten. Die Kunst des Sparens ist in der Justiz vielleicht schwerer als anderswo, man darf nicht die Garantien des rechtlichen Schutzes preisgeben. In unserem Falle scheint mir die richtige Lösung getroffen zu sein.

II. Gang und Inhalt des Verfahrens.

Das Verfahren vor Rekurskommission und dem Appellationsrichter ist also grundsätzlich schriftlich. Nachdem sämtliche Appellationsschriften vorliegen, wird deren Zulässigkeit geprüft. Sind sie in Ordnung, dann erfolgt das Aktenstudium. Anschliessend daran entscheidet der Appellationsrichter. Den Mitgliedern der Rekurskommission hingegen wird der Termin der Urteilsberatung mitgeteilt. Falls Beweisaufnahmen notwendig sind, müssen die Parteien in der Regel zugezogen werden. Geschieht dies nicht, so ist ihnen wenigstens vom Beweisergebnis in geeigneter Weise Kenntnis zu geben und zur Einreichung von Bemerkungen eine Frist anzusetzen (Art. 421 Ziff. 5). Im Verfahren vor Rekurskommission ist nicht unbedingt notwendig, dass die Beweisaufnahmen vor der ganzen Kommission erfolgen, sondern es genügt auch nur die Anwesenheit des Präsidenten oder eines beauftragten Richters (Art. 421 Ziff. 4). Diese Bestimmungen verhindern eine Zurückweisung der Durchführung des Beweisverfahrens an das erstinstanzliche Gericht.[1] Damit wird auch in Bagatellsachen der reformatorische Charakter der Berufung rein erhalten und eine zu umständliche Prozessführung vermieden. Der Berufungsinstanz steht aber auch die Berechtigung zu, eine mündliche Verhandlung anzuordnen, wenn es zur Wahrung wesentlicher Interessen notwendig erscheint.

Allgemein muss noch gesagt werden, dass Artikel 418 bei Berufungen in Bagatellsachen seine entsprechende Anwendung findet. Je nachdem es sich nun um eine Berufung gegen Erkenntnisse der Gerichtskommission, der Spezialgerichte oder des Bezirksgerichtspräsidenten handelt, wird auch in der Berufungsinstanz das Verfahren vor Gerichtskommission, vor dem Arbeits- und Stickereifachgericht, vor dem Bezirksgerichtspräsidenten oder das summarische Verfahren mit seinen verschiedenen Abarten zuständig, unter Berücksichtigung der von der zweiten Instanz vorgesehenen Änderungen.

[1] In der thurg. Prozessordnung müssen bei einer Berufung an die Rekurskommission, Beweisaufnahmen oder Noven, wenn sie geltend gemacht werden wollen, an das Untergericht zurückgewiesen werden in Ermangelung einer zweitinstanzlichen Regelung.

Eine Behandlung dieser so zahlreichen erstinstanzlichen Verfahren würde zu weit führen und es liegt auch nicht in meinem Aufgabenkreis. Es scheint allerdings, als ob der st. gallische Gesetzgeber ein etwas zu buntes Gemisch von Verfahrensarten geschaffen hat.[1] Es wird zwar zur Erzielung einer möglichst grossen Einheitlichkeit des Verfahrens in den besonderen Verfahren in weitgehendem Masse auf die Bestimmungen des ordentlichen Verfahrens oder des Rechtes verwandter besonderer Gerichte verwiesen. In den Fällen des summarischen Verfahrens bestimmt das Gesetz noch speziell, dass die Artikel 374 ff gelten (Art. 421 Ziff. 7) und Artikel 422 macht einen Vorbehalt hinsichtlich der besonderen Bestimmungen über das Befehlsverfahren in Besitzesschutzsachen. Im Befehlsverfahren hemmt die Berufung den Vollzug nicht, wenn nicht die obere Instanz anders verfügt. Die Berufung hat also hier keinen Suspensiveffekt (Art. 395 Abs. 2). Hat aber der Richter eine Besitzesschutzverfügung erlassen und ist keine Gefahr im Verzuge, so darf er den Vollzug sistieren, wenn über die Rechtsfrage der ordentliche Richter angerufen wurde.

Der Inhalt des Berufungsverfahrens besteht gleich wie vor Kantonsgericht aus dem erstinstanzlichen Prozesstoff und allfällig vorgebrachten Noven. Während bei der Appellation an das Kantonsgericht der zweitinstanzliche Richter in seiner Überprüfungsbefugnis durch die eideserhärtete Tatsache beschränkt ist, kommt eine solche Beschränkung nur bei der Berufung gegen Erkenntnisse der Gerichtskommission in Frage, da die Eideszulassung für das Arbeits- und Fachgericht, sowie vor dem Einzelrichter ausgeschlossen ist. Hingegen sind bei Berufungen gegen Erkenntnisse der Arbeits- und Stickerfachgerichte, die von der ersten Instanz auf Grund ihrer besonderen Sachkenntnis gemachten Feststellungen für die Rekurskommission verbindlich (Art. 421 Ziff. 6).

Im Verfahren vor Rekurskommission und dem Appellationsrichter ist das Versäumnisverfahren wegen Versäumung einer Tagfahrt nur in den Fällen möglich, wo ausnahmsweise eine mündliche Verhandlung notwendig wird. Ergebnis und Kosten des Berufungsverfahrens in Bagatellsachen erfahren die gleiche Regelung, wie in der Appellation ans Kantonsgericht.

---

[1] Die bern. Zivilprozessordnung hat hier vorbildlich eine Vereinfachung der Verfahrensarten durchgeführt und sie auf zwei Typen reduziert: das ordentliche Verfahren und das summarische Verfahren.

V. Kapitel.

Die Berufung an den Rekursrichter.

§ 15. Die Zulässigkeit.

Das Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs hat eine Reihe von Aufgaben nicht dem Betreibungs- oder Konkursamt, oder den Aufsichtsbehörden überlassen, sondern dem Richter übertragen. Es handelt sich dabei teils um materiellrechtliche, teils um formellrechtliche Fragen, deren gerichtliche Behandlung sich in das Verfahren einschieben oder demselben ein Ende machen kann. Alles Nähere über die richterlichen Behörden bestimmt der Kanton unter Zugrundelegung seiner eigenen Gerichtsverfassung. Es steht dem Kanton insbesonders frei, festzusetzen, ob Einzelrichter, Kollegialgerichte oder Ausschüsse fungieren sollen, und wie sich der Instanzenzug gestalten soll (Art. 22 Sch. K. G.). Nur in gewissen Fällen ist die Zulassung einer höheren kantonalen Instanz bundesrechtlich vorgeschrieben.[1]

Mit dem Einführungsgesetz zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 22. September 1911 hat unser Kanton die richterlichen Behörden bezeichnet, indem er sich für das Einzelrichterinstitut aussprach. Es geschah dies im Sinne der Kostenersparnis. Auf dem Gebiete der Zwangsvollstreckung ist nämlich ein billiges Verfahren vor allem erwünscht, denn die Gläubiger, die ja in den meisten Fällen ohnehin schon zu Verlust kommen, sollen nicht noch mehr geschädigt werden dadurch, dass die Gerichtskosten einen Teil der Masse verschlingen. Erstinstanzlich wurde der Bezirksgerichtspräsident, zweitinstanzlich der Rekursrichter zuständig. Dieser Rekursrichter amtete als Appellationsinstanz, obwohl in den Verfahrensbestimmungen des Einführungsgesetzes immer von Rekurs und nie von Berufung die Rede ist. Im Interesse einer klaren Regelung der verschiedenen Berufungsmöglichkeiten, hat das neue Gesetz die Berufung an den Rekursrichter anschliessend an diejenige ans Kantonsgericht, die Rekurskommission und den Appellationsrichter aufgeführt.[2]

Die Berufung an den Rekursrichter ist zulässig gegen bestimmte Erkenntnisse des Bezirksgerichtspräsidenten. Dieser ent-

[1] So in den Artikeln 174 und 185 Sch. K. G.

[2] Der Entwurf erwähnte die Berufung an den Rekursrichter nur in den Bestimmungen über das Verfahren in Betreibungs- und Konkurssachen.

scheidet gemäss Art. 50, unter Vorbehalt der Berufung an den Rekursrichter, in folgenden Fällen des Schuldbetreibungs- und Konkursrechtes. Bei einem Streitwert über Fr. 200.— erkennt er über die Zulässigkeit eines verspäteten Rechtsvorschlages (Art. 77), über die Statthaftigkeit eines Rechtsöffnungsbegehrens (Art. 80 bis 82), über Begehren um Aufhebung oder Einstellung der Betreibung (Art. 85) und über die Bewilligung eines Rechtsvorschlages bei der Wechselbetreibung (Art. 181 und 182). Es handelt sich da um Entscheidungen rein formell betreibungsrechtlichen Charakters.[1] Unabhängig vom Streitwert hingegen entscheidet der Bezirksgerichtspräsident über die Konkurseröffnung (Art. 171 bis 173, 190 bis 193 und 309), über den Widerruf und die Einstellung des Konkurses (Art. 195, 196 und 230), über die Anordnung des summarischen Verfahrens (Art. 331) und über den Schluss des Konkursverfahrens (Art. 268 Abs. 2). Hier geht es um einseitige Verfügungen, die im Laufe des Konkursverfahrens notwendig werden.[2] Wir können feststellen, dass der Gesetzgeber nur gegenüber wichtigen Entscheidungen des Schuldbetreibungs- und Konkursrechtes die Berufung zulässt. Interessant ist, dass die Appellabilität bei einigen Entscheiden von der summa appelabilis abhängig ist, bei andern, eben gerade mit Rücksicht auf ihre Wichtigkeit, nicht.

§ 16. Die Berufungserklärung.

Die Formalien der Berufungserklärung an den Rekursrichter decken sich weitgehend mit denen, die vor Kantonsgericht, Rekurskommission oder Appellationsrichter Geltung haben. So muss die Berufung unter Vorlegung des angefochtenen Erkenntnisses und der Akten beim Rekursrichter schriftlich im Doppel eingereicht werden. Der Berufungskläger hat anzugeben, inwieweit er Abänderung des angefochtenen Erkenntnisses verlangt (Art. 423 Abs. 1). Wie schon früher dargelegt wurde, ist nur das Vorliegen des Erkenntnisses Gültigkeitsrequisit, während die Aktenvorlage und die Spezifikation der Anfechtungspunkte als Ordnungsvorschrift gewertet werden. Noven sind zulässig, wenn sie zugleich mit der Berufungserklärung geltend gemacht werden (Art. 423 Abs. 4). Neu

[1] Der Entwurf erwähnte die Berufung an den Rekursrichter nur in den Bestimmungen über das Verfahren in Betreibungs- und Konkurssachen.

[2] Vgl. Blumenstein, Handbuch des schweizerischen Schuldbetreibungsrecht, die 4 Arten des Prozesses im Sch. K. G. (S. 105 ff.).

hingegen wirkt die Gesetzesbestimmung, dass die Appellationserklärung im Doppel erfolgen muss. Die Einleimgebühr regelt sich nach dem eidgenössischen Gebührentarif. Artikel 423 Abs. 4 lässt auch neue Akten zu, sofern sie gleichzeitig mit den Rechtsschriften eingereicht werden.

Das Verfahren vor dem Rekursrichter ist häufig schriftlich (vgl. Art. 424 Abs. 2). Es stellt sich die Frage, ob da nicht mit der Berufungserklärung eine Berufungsbegründung eingereicht werden müsse. Das Gesetz schweigt sich darüber aus. Dennoch muss eine schriftliche Berufungsbegründung angenommen werden, da dieses wesentliche Erfordernis sonst nirgends mehr angebracht werden könnte. Es geht daraus hervor, dass der Sinn des Gesetzes neben den Abweichungen, die speziell vor dem Rekursrichter auftreten, im übrigen die Bestimmungen, die vor Kantonsgericht oder vor Rekurskommission und Appellationsrichter Geltung haben, angewendet wissen will.

Die Frist für die Berufungserklärung ist keine einheitliche. In den Fällen nach Artikel 77, 80 bis 82, 85, 181 und 182 Sch. K. G. beträgt sie fünf Tage, während in denen nach Artikel 171—173, 190—193 Sch. K. G. zehn Tage verlangt werden (Art. 423 Abs. 2). Das Gesetz hat aber in Bezug auf die Fristenregelung eine Lücke. Bei den Berufungen gegen Entscheide über Konkurseröffnung im Falle von Artikel 309 Sch. K. G., Widerruf und Einstellung des Konkurses, Anordnung des summarischen Verfahrens und Schluss des Konkursverfahrens, fehlt eine Fristansetzung.[1] Da nach Schuldbetreibungs- und Konkursrecht nur eine der beiden oben genannten Fristen in Betracht kommt (vgl. Art. 174 und 185 Sch. K. G.), muss nun erwogen werden, welche von diesen hier zuständig ist. Im Falle von Artikel 309 Sch. K. G. ist die Lösung klar, denn das Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz schreibt bei Berufungen gegen Konkurseröffnung zwingend 10 Tage Frist vor (Art. 174 Sch. K. G.). Aber auch bei den Berufungen gegen die übrigen Entscheide darf die zehntägige Frist angenommen werden. Wie bei dem Erkenntnis über die Konkurseröffnung, handelt es sich

[1] Dieser Mangel erklärt sich historisch gesehen, daraus, dass im Einführungsgesetz in den erwähnten Fällen kein Rekurs an den Rekursrichter gewährt wurde. Diese Möglichkeit hat erst das neue Gesetz gegeben. Trotzdem ist Artikel 31 E. G., der die Fristen regelt, unverändert in die neue Zivilprozessordnung aufgenommen worden. Es handelt sich also um ein Übersehen des Gesetzgebers, wie es bei einer so umfangreichen Kodifikation leicht möglich ist.

ja auch hier um einseitige Verfügungen, die hinsichtlich Art und Bedeutung gleichartig sind.

Die Berufungsfristen können ordentlicherweise nicht erstreckt werden. Nach kantonsgerichtlicher Praxis werden dieselben aber, wenn das Ende der Frist in die Zeit der Betreibungsferien fällt, bis zum dritten Tage nach dem Ende der Ferien verlängert.[1] Diese Auffassung fusst auf einem bundesgerichtlichen Entscheid der eidg. Schuldbetreibungs- und Konkurskammer.[2] Dort wird klargelegt, dass den Betreibungsferien der allgemeine Gedanke zugrunde liegt, der Schuldner dürfe während bestimmten Zeiten mit einer Betreibung nicht belästigt werden.[3]

Nachdem die Berufungserklärung erfolgt ist, wird dem Appellaten eine Vernehmlassungsfrist gewährt, die der Rekursrichter festsetzen kann. In der Regel ist sie die gleiche, wie die Berufungsfrist, also 5 oder 10 Tage. Der Berufungsbeklagte kann auch neue Behauptungen aufstellen und neue Beweismittel anmelden. Tut er dies und handelt es sich um ein rein schriftliches Verfahren, dann hat der Berufungskläger wie vor Rekurskommission oder dem Appellationsrichter das Recht, innerhalb der gleichen Notfrist mit einer neuen Eingabe zu antworten.

Ist aber eine mündliche Verhandlung vorgesehen, dann wird mit der Vernehmlassung des Appellaten der Schriftenwechsel abgeschlossen. Allerdings wenn sich der Appellat der Berufung anschliesst, darf der Appellant eine Gegeneingabe einreichen. Im Rechtsöffnungsverfahren (Art. 80, 81 und 82 Sch. K. G.) verneint die st. gallische Praxis das Adhäsionsrecht.[4] Mit Rücksicht auf den formalen Charakter und den Zweck dieses Verfahrens konstruiert sie ein Analogon mit dem Nichtigkeitsverfahren, wo eine Anschliessung nicht gegeben wird. In diesem Falle hat also jede Partei, welche mit dem erstinstanzlichen Entscheid nicht zufrieden ist, selbständig Berufung zu ergreifen, wenn dieser zu ihren Gunsten abgeändert werden soll.

---

[1] A. B. der Rek. K. 1912 No. 37.

[2] B. G. E. 38 I 677.

[3] Nach neuer Praxis des B. G. werden nicht nur die vom Schuldner, sondern auch die vom Gläubiger einzuhaltenden Fristen durch die Betreibungsferien nach Massgabe von Sch. K. G. 63 verlängert. „Del resto, quando il legislatore ha voluto favorire exclusivamente il debitore, l'ha detto in termini espressi: così gli art. 60, 61" (Jahrgang XXX Heft 11 No. 147).

[4] A. B. des Rekursrichters 1923 No. 21.

Die grosse Besonderheit der Berufung an den Rekursrichter besteht darin, dass sie nach Schuldbetreibungs- und Konkursrecht an sich keine aufschiebende Wirkung hat (Art. 36 Sch. K. G.). Eine solche kann ihr jedoch durch das Berufungsgericht beigelegt werden (Fakultativer Suspensiveffekt). Wird der Suspensiveffekt nicht angeordnet, so ist das Erkenntnis ohne weiteres wirksam, die Konkurseröffnung z. B. vollziehbar, obwohl natürlich die seit dem Erkenntnis vorgenommenen Vollziehungshandlungen wieder hinfällig werden, wenn die Berufungsinstanz das Erkenntnis aufhebt. Mit der Publikation des Konkurserkenntnisses ist aber bis zum Eintritt der Rechtskraft zuzuwarten, weil es sich dabei um irreparable Schädigung handeln würde. Wird aber umgekehrt der Berufung aufschiebende Wirkung beigelegt, so kann der Rekursrichter die vorsorglichen Massnahmen des Artikels 170 treffen (Art. 174 Abs. 2 Sch. K. G.). Solche provisorische Massregeln scheinen besonders angezeigt, wenn die Berufungsfrist durch das Dazwischentreten der Betreibungsferien eine ausnahmsweise lange wird.

§ 17. Das Verfahren.

Das Verfahren vor dem Rekursrichter ist nicht einheitlich. Gewisse Entscheide erfolgen infolge ihrer Dringlichkeit oder Wichtigkeit nach mündlicher Verhandlung, zu der die Parteien vorzuladen sind. So wird das von den Entscheiden über die Bewilligung eines Rechtsvorschlages bei der Wechselbetreibung (Art. 181 und 182 Sch. K. G.) und über Konkurseröffnung (Art. 171—173, 188—193 Sch. K. G.[1]) gefordert. In allen andern Fällen muss der Entscheid ohne Vorstand der Parteien gefällt werden (Art. 424). Das Verfahren vor dem Rekursrichter ist summarisch. Es sind die bundesrechtlichen Vorschriften einzuhalten, und im übrigen sind die für das Verfahren vor erster Instanz geltenden Bestimmungen entsprechend anwendbar. Bei Entscheidungen auf Grund der Akten gilt die Vorschrift von Artikel 421 Zif. 5, dass die Parteien in der Regel zu den Beweisaufnahmen zuzuziehen seien. Falls dies nicht geschehe, so sei ihnen vom Beweisergebnis in geeigneter Weise Kenntnis zu geben und eine Frist zur Einreichung von Bemerkungen anzusetzen. Für die Urteilsfällung vor erster Instanz hat das Gesetz in Artikel 386 bestimmte Fristen aufgestellt. Diese besitzen aber im Berufungsver-

[1] Notwendigerweise fällt hier auch Artikel 309 darunter, obwohl das Gesetz ihn nicht erwähnt.

ahren keine Gültigkeit, da sie mit den Vernehmlassungsfristen in Konflikt kämen. Diese erstinstanzliche Fristansetzung bezweckt eine rasche Erledigung des Verfahrens, damit die Betreibungs- und Konkurshandlungen sofort ihren Fortgang nehmen können. Für den Berufungsentscheid ist diese Beschleunigung aber nicht so notwendig, da ja die Berufung an sich keine Suspensivwirkung besitzt und wo ihr eine solche beigelegt wird, können die vorsorglichen Massnahmen angewendet werden.

Das Versäumnisverfahren tritt ein, wenn in der mündlichen Verhandlung eine oder beide Parteien ausbleiben (vgl. Art. 425). Für die Kosten im summarischen Verfahren nach Schuldbetreibungs- und Konkursrecht sind die Bestimmungen des eidgenössischen Gebührentarifs massgebend (Art. 143 Abs. 3).